

عبد الرزاق السنهوري

الوزير

في سيرة القانون الحديث في الحبر

حق الملكية

مع شرح مفصل للأشياء والأموال
المجلد الثامن

دار النهضة العربية
القاهرة

الوسيط في شرح القانون المكي

(٨)

حقوق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال

تأليف

عبد العزيز بن عبد الله بن عبد الرحمن

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلوماسي من معهد القانون الدولي بجامعة باريس



بيان

أفردنا هذا الجزء الثامن من الوسيط للكلام في حق الملكية في ذاته ،
دوره أسباب كسبه . أما أسباب كسب الملكية ، وكذلك الحقوق العينية الأصلية
المنفردة عن الملكية (من الانتفاع ومن الارتفاق) ، فطأها الجزء التاسع .
وقد جعلنا هذا الجزء الثامن قسمين : بحثنا في القسم الأول منهما الأشياء
المادية ، ثم الأشياء غير المادية أي ما يسمى عادة بالملكية الأدبية والفنية
وبحثنا في القسم الثاني من الملكية في ذاته .

القسم الأول
الأشياء المادية
والأشياء غير المادية

الانتفاع بها عاما ولكن عن غير طريق المرفق العام ، وذلك كمحلات العبادة في فرنسا فهذه قد خصصت للمنفعة العامة دون أن تعتبر العبادة مرفقاً عاماً بعد فصل الكنيسة عن الدولة في سنة ١٩٠٥ (١) .

وانتهى الرأي أخيراً إلى اتخاذ معيار « تخصيص الشيء للمنفعة العامة » (*affectation de la chose à l'utilité publique*) ، وهو الرأي الذى استقر في آخر تطورات الفقه الإدارى ، وأخذ به من فقهاء القانون الإدارى هوريو ورولان و قالين (٢) . وبهذا المعيار أخذ التقنين المبنى المصرى كما رأينا ، فاشى بذلك أحدث تطورات الفقه الإدارى كما سبق القول . وسنورد فيما يلى أمثلة كثيرة للأشياء التى تعتبر داخلة ضمن الدومين العام طبقاً لهذا المعيار ، حتى نحدد المعيار تحديداً واضحاً عن طريق تطبيقاته المتعددة . ونذكر الآن أن الدولة (أو الأشخاص المعنوية العامة الأخرى) تخصص الشيء للمنفعة العامة ، فتتقاه من الدومين الخاص إلى الدومين العام ، عن طريق رسمى بموجب قانون أو ما يقوم مقامه ، أو عن طريق فعلى . كذلك يجوز للدولة (وللأشخاص المعنوية العامة الأخرى) أن تخصص شيئاً مملوكاً للأفراد للمنفعة العامة فتدخله ضمن الدومين العام ، ولكن يشترط فى ذلك أن ينتقل الشيء للمملوك للأفراد أولاً إلى ملكية الشخص المعنوى العام بسبب من أسباب كسب الملكية فيدخل فى الدومين الخاص ، ثم ينتقل بعد ذلك إلى الدومين العام بطريق رسمى أو بطريق فعلى . فنبحث إذن المسائل الثلاث الآتية :

(١) تخصيص الشيء للمنفعة العامة بطريق رسمى . (٢) تخصيص الشيء للمنفعة العامة بطريق فعلى . (٣) تخصيص الشيء للمملوك للأفراد للمنفعة العامة .

(١) كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ٩٥٤ ص ٧٦٥ .

(٢) هوريو فى القانون الإدارى الطبعة الحادية عشرة ص ٦٤٦ - رولان فى موجز القانون الإدارى الطبعة الثانية سنة ١٩٢٨ فقرة ٥٠١ - قالين فى القانون الإدارى الطبعة السادسة ص ٥٠٨ . هذا وقد أخذت لجنة تنقيح التقنين المبنى الفرنسى ، فى جلسة ٦ نوفمبر سنة ١٩٤٧ ، بمعىارى تخصيص الشيء لاستعمال الجمهور وتخصيص الشيء لمرفق عام فى وقت واحد .

الدولة الخاص ، تمهيداً لتخصيصه بعد ذلك للمنفعة العامة وإدخاله في الدومين العام . يكون ذلك عادة بالطرق المعروفة لكسب الملكية في القانون المدني ، والطرق التي يمكن تصورها هنا هي العقد والالتصاق والتقدم . فيجوز للدولة أن تشتري الشيء المملوك لأحد الأفراد من صاحبه ، فتنتقل ملكية الشيء إلى الدومين الخاص بموجب عقد الشراء ، ثم تخصصه الدولة بعد ذلك للمنفعة العامة فيدخل في الدومين العام . كذلك يجوز أن تملك الدولة الشيء عن طريق الالتصاق ، فيصبح ملكاً لها ويدخل في الدومين الخاص مع دفع التعويض الواجب قانوناً للمالك الأصلي ، ثم تخصصه بعد ذلك للمنفعة العامة . ويجوز أخيراً أن تملك الدولة الشيء المملوك لأحد الأفراد عن طريق التقدم ، وهذا يقع كثيراً ، فإذا تم التقدم وأصبحت الدولة مالكة للشيء فدخل في الدومين الخاص ، خصصته بعد ذلك للمنفعة العامة فيدخل في الدومين العام (١) .

على أنه يضاف إلى طرق كسب الملكية المقررة في القانون المدني ، بالنسبة إلى الدولة وإلى الأشخاص المعنوية العامة ، طريق نزع الملكية للمنفعة العامة . فيجوز للدولة وللمحافظات والمدن والقرى والهيئات العامة وغير ذلك من الأشخاص المعنوية العامة أن تنزع ملكية الأفراد بموجب إجراءات رسمها القانون ، لقاء تعويض رسم القانون أيضاً طريقة تحديده . فإذا لجأت الدولة أو الشخص المعنوي العام إلى طريق نزع الملكية ، فإنه ينقل بهذا الطريق الشيء المملوك لأحد الأفراد إلى ملكه الخاص (الدومين الخاص) أولاً ، ثم يخصصه بعد ذلك للمنفعة العامة ، فيدخل ضمن الدومين العام (٢) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن مجرد استعمال قطعة أرض لمرور العامة لا يكفي لجعلها طريقاً عاماً ، ويجب على الحكومة ، إذا ادعت أن قطعة أرض صارت بمضي المدة طريقاً عاماً ودخلت ضمن الأملاك المخصصة للمنافع العامة ، أن تثبت وضع يدها عليها المدة القانونية بطريقة ظاهرة ومستمرة ، كأن تثبت مثلاً أنها رصفت هذه الأرض أو جعلت فيها ممشى أو غرست أشجاراً أو مدت أنابيب غاز أو أقامت عليها المصابيح (استئناف وطني أول ديسمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣٠ ص ٢٣) .

(٢) ويقول الأستاذ محمد زهير جراحة في هذا الصدد : « ويلاحظ ، خلافاً لما يمتقده الكثيرون ، أن نزع ملكية العقار للمنفعة العامة لا يستتبع حتماً اعتبار العقار من الأموال العامة ، فليس هناك تلازم حتى بين دواعي المنفعة العامة التي تقتضي نزع الملك عن بعض الأفراد وبين =

الشخص العام على أثر الغصب . وكان الواجب التمييز بين الحالتين ، ففي الحالة الأولى ، إذا اتبعت الإجراءات التي رسمها القانون ، كان انتقال الشيء إلى الدومين العام صحيحاً ، واقتصر حق المالك الأصلي على التعويض الذي يحصل عليه عند اتباع الإجراءات القانونية . أما في الحالة الثانية فالأمر يختلف ، إذ أن الشخص المعنوي العام قد غصب من المالك ملكه ولم يتبع الإجراءات التي رسمها القانون ، فالواجب إذن اعتبار هذا الغصب عملاً غير مشروع وليس من شأنه أن يسلب المالك ملكه . ومن ثم يكون الشيء لا يزال باقياً على ملك صاحبه ، فلا يمكن إذن أن يكون قد انتقل إلى الدومين العام ، ونقض المحكمة في هذه الحالة برد الشيء عينا إلى صاحبه مع التعويض إذا كان له محل . وعلى الشخص المعنوي العام ، إذا بقي مصرأً على إلحاق الشيء بالدومين العام ، أن يبدأ أولاً باتباع الإجراءات القانونية لنقل ملكية الشيء إلى الدومين الخاص ، كأن يتخذ إجراءات نزع الملكية . فإذا تمت هذه الإجراءات وانتقل الشيء إلى الملكية الخاصة للشخص المعنوي العام ، عمد هذا إلى تخصيصه للمنفعة العامة فينتقل بذلك إلى الدومين العام (١) .

§ ٢ - أمثلة للأشياء العامة أي للأشياء المخصصة للمنفعة العامة

٥٠ - قرار القضاء العام : أوردت المادتان ٩ و ١٠ من الصنن المدني

(١) انظر في هذا المعنى محمد زهير جرائة ص ١٨٣ - محمد كامل مرسى في مقاله عن الأموال الخاصة والعامة ص ٧٨١ - محمد علي عرفة فقرة ١١٥٠ - عبد المنعم الشرقاوي في شرح قانون المرافعات فقرة ١٢٥ ص ١٩١ - أسيوط الجزئية ٦ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٤ رقم ٣٣٠ ص ٦٥٢ - الإسكندرية الكلية الوطنية ١٥ فبراير سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ ص ١٠٠٨ - وانظر هوريو في القانون الإداري طبعة ١١ ص ٣١ - أوتوماير ٣ ص ١٤٦ .
وهناك رأي يذهب إلى التمييز بين ما إذا ترتب على تخصيص المال المصوب للمنفعة العامة تغيير في معالته فيصبح نهائياً من الأموال العامة ولا تزول عنه هذه الصفة ويقتصر حق المالك الأصلي على المطالبة بالتعويض ، وبين ما إذا لم تتغير معالم العين بتخصيصها للمنفعة العامة فلا تلحقها صفة المال العام ولا يسقط عنها حق صاحبها وترد إليه عينا (محكمة استئناف أسيوط ١٤ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٦٠ ص ٧٢٥ - وحيد رأفت في القانون الإداري ص ١٠١٢) . وانظر في الرد على هذا الرأي محمد زهير جرائة ص ١٨٤ وهامش رقم ١ .

٥ - أشياء عامة ذات غرض ديني أو خيري : الجوامع وكافة محلات الأوقاف الخيرية المخصصة للتعليم العام أو للبر والإحسان ، والمرافق .

٦ - المباني الحكومية : العقارات الميرية ، مثل السرايات والمنازل وملحقاتها المخصصة لإقامة ولي الأمر أو للنظارات أو المحافظات أو المديریات ، وعلى العموم كافة العقارات المعدة لمصلحة عمومية .

٧ - المنقولات : مراكب النقل أو البوستة (أو الطيارات) ، والدفترخانات العمومية والأنتيكخانات والكتبخانات الميرية والآثار العمومية وكافة ما يكون مملوكا للحكومة من مصنوعات الفنون أو الأشياء التاريخية ، ونقود الميرى .

٨ - حقوق الارتفاق : حقوق التطرق المتعلقة بالشوارع ومجارى المياه والأشغال العمومية والأعمال الخيرية ، وعلى وجه العموم كافة ما تقتضيه حقوق الارتفاق التي تستلزمها ملكية الأملاك الميرية المذكورة ، أو توجيهها القوانين والأوامر الصادرة لمنفعة عمومية .
ونستعرض هذه الأشياء تباعا .

٥١ - أشياء عامة أرضية : تعتبر الطرق والشوارع والقناطر والحوارى المخصصة للمنفعة العامة ، أى المخصصة لمرور الجمهور ، أشياء عامة . وتكون هذه الأشياء مخصصة للمنفعة العامة إما بموجب قانون أو ما يقوم مقامه وهذا هو التخصيص الرسمي ، أو بموجب التخصيص الفعلي ، بأن يكون الطريق أو الشارع مطروقا يمر فيه الجمهور من مدة طويلة ، أو أن تكون الإدارة قد تولت العناية بالطريق أو الشارع فعبدته للمرور ورصفته وأنارته وغرست فيه الأشجار مثلا . ولاعتبار طريق أو شارع مخصصا للمنفعة العامة ، لا يشترط أن توجد مصالحة تنظيم في الجهة التي يوجد فيها الطريق أو الشارع (١) ، ولا يشترط كذلك أن يكون الطريق أو الشارع على نفقة الحكومة كما تشترط ذلك المادة ٥٣٨ مدنى فرنسى ، وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن القانون المدنى الأهلى قد أطلق النص الخاص بالطرق من كل قيد ومن كل شرط لإلعدم ملكية الأفراد لها ، فليس ثمة شرط الصرف على الطرق بمعرفة الحكومة

(١) استئناف وطنى ٧ أبريل سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٣٠٩ ص ١٦٠ .

جسور الترع ، وبصدر الترخيص من وزارة الري ، ولها أن تقبده بالشروط التي تراها لازمة لمنع الإضرار بصالح الري والصرف (م ٨ من قانون الري والصرف) . أما المساق والمصارف الخاصة فهي مملوكة للأفراد ، ولكن يجوز لهم التنازل عنها للحكومة لتصبح ترعا ومصارف عامة تتولى الحكومة صيانتها . كما يجوز بقرار جمهوري أن تعتبر أية مسقاة أو مصرف خاص ترعة أو مصرفا عاما إذا كانت المسقاة متصلة مباشرة بالنيل أو بترعة عامة تستمد المياه من أيهما ، أو كان المصرف الخاص متصلا مباشرة بالنيل أو بمصرف عام أو ببخيرة يصب في أي منها . ولا تدفع الحكومة أية تعويضات عن الأرض المشغولة بالمسقاة أو المصرف قبل اعتباره عاما (م ٤ من قانون الري والصرف) . وبقاء ترعة أو مصرف ضمن الأشياء العامة منوط بكون الحكومة مستمرة على تولى حفظها وصيانتها وتطهيرها ، فإذا انقطعت الحكومة عن ذلك جاز أن يؤول انقطاعها نقلا للترعة أو المصرف من الأشياء العامة إلى الأشياء الخاصة ، وكذلك يكون الحكم بالنسبة إلى الجسور (١) .

ويتبين من ذلك أن الأشياء العامة النهرية (donaine public fluvial) إما أن تكون طبيعية وهي نهر النيل ، أو صناعية وتشمل الترع والمصارف والمين والمرافق والأرصفت والأراضي والمباني اللازمة للانضاع بالنهر أو الترع (٢) .

٥٣ - أشياء عامة بحرية : وشواطئ البحر (rivages de la mer)
تعتبر من الأشياء العامة ، والشواطئ تشمل الأرض التي يغطيها أعلى أمواج

— محمد علي عرفة فقرة ١٢٨ ص ١٥٩ - ومسطح التربة (banquette du canal) الواقع بين جسرهما والماء يعتبر من الأشياء العامة ، ولا تزول عنه هذه الصفة إلا بحادث طبيعي أو بأمر إداري ينقله إلى الأشياء الخاصة (استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٧ - ١٩ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٥ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٤٢ - محمد علي عرفة فقرة ١٢٨ ص ١٦٠ هامش ٢) .

(١) نقض مدني ٤ فبراير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٣٤ ص ٨٦ (بالنسبة إلى للترعة أو المصرف) - استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٩١ (بالنسبة إلى الجسور) .
(٢) محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٤٥ .

مسألة الذكر ، ويقاس عليها الطيارات التي تملكها الحكومة وتخصصها للمنفعة العامة .

٥٨ — **مفهوم الارتفاق** : وقد نصت المادة ١٠ من التقنين المدني الوطني السابق على أن « يعد أيضاً من الأملاك الميرية المخصصة للمنافع العمومية حقوق التطرق المتعلقة بالشوارع ومجارى المياه والأشغال العمومية والأعمال الحديثة ، وعلى وجه العموم كافة ما تقتضيه حقوق الارتفاق التي تستلزمها ملكية الأملاك الميرية المذكورة أو توجبها القوانين والأوامر الصادرة لمنفعة عمومية » . وهذه هي حقوق الارتفاق الإدارية المقررة لمنفعة عامة ، فهي تعتبر أيضاً داخلة في الأموال العامة .

ويدخل ضمن حقوق الارتفاق الإدارية «حقوق التطرق المتعلقة بالشوارع» (les servitudes de voirie) . فمن كان ملكه يقع بجوار شارع عام تحمل بتكاليف تقررها القوانين واللوائح ، من ذلك ما يستوجبه تقرير خطط التنظيم ، وعدم جواز البناء بغير إذن ، وإصلاح الأبنية الآيلة للسقوط أو هدمها . ويدخل أيضاً ضمن حقوق الارتفاق الإدارية المذكورة الحقوق المتعلقة بمجارى المياه « (les cours d'eaux) » ، كحق الإدارة في قلع الأشجار المغروسة في الجسور أو في منحدرات الترع والمصارف العامة إذا كانت تعوق الملاحة أو سير المياه أو تمنع السير على الجسور .

وتدخل أيضاً الحقوق المتعلقة «بالأشغال العمومية» (travaux publics) ، كحق الإدارة في نزع الملكية للمنفعة العامة أو في الاستيلاء الموقت على عقارات الأفراد ، وكحقها في هدم بناء لإجراء الأعمال الواقية من الفيضان . وتدخل أيضاً الحقوق المتعلقة « بالأعمال الحربية » (servitudes militaires) ، كمنع الملاك المجاورين للقلاع والحصون من إقامة مباني على مسافة معينة (١) .

ويفرق الفقه الإداري في التكاليف المتقدمة الذكر ما بين الأعباء التي قد تفرضها الإدارة على بعض عقارات الأفراد لاعتبارات تتعلق بالنفع العام ولكنها لا ترمى إلى خدمة عقار معين من الأموال العامة ، وذلك كحق الحكومة

(١) انظر في كل ذلك محمد كامل مرسى ١ فقرة ٢٢٣ .

لإدارية الأخرى في الأشياء العامة إنما هو حق ملكية حقيقية ، لا مجرد ولاية إشراف وحفظ وصيانة . ويسوق لتأييد رأيه الحجج الآتية : (١) أن حق الملكية يقوم في الواقع على ركنين ، حيازة الشيء ومكنة صاحبه من تعيين المستفيعين به ، فإذا ما أراد الاحتفاظ بهذا النفع لشخصه كنا بصدد ملكية فردية ، وإذا ما جعل هذا الانتفاع لغيره مع الاحتفاظ بحيازته للشيء لم تزل بذلك عنه ملكيته له وإن استحالت في هذه الحالة إلى ملكية اجتماعية ، وهذا النوع من الملكية هو الذي للدولة على أموالها العامة^(١) . (٢) يعتمد منكر وحق ملكية الدولة للشيء العام على عدم توافر العناصر المألوفة في الملكية من استعمال المالك لماله واستثماره والتصرف فيه . وليست الملكية جماعا لازما لهذه العناصر الثلاثة . ومع ذلك فإنه عند التدقيق يتبين ، خلافا لما يقال ، أن الحكومة تملك فعلا هذه العناصر الثلاثة في ملكيتها للشيء العام . ففما يتعلق بحق التصرف تقول المادة ٩ مدني أهلي إن « للحكومة دون غيرها التصرف فيها (أى في الأموال العامة) ، بمقتضى قانون أو أمر » ، وهذا النص صريح في أن المشرع لم يرد أن يسد المنافذ أمام الإدارة في التصرف في المال العام ، وإنما اشترط في ذلك شكلا خاصا تتعين مراعاته ليصبح حق التصرف . فللإدارة أن تتصرف في المال العام بأن تنقله من حظيرة المنافع العامة إلى دائرة الأموال الخاصة ، هذا إلى ضروب أخرى من التصرف يختص بها القانون الإداري . وفما يتعلق بالاستثمار ليس ثمة تعارض بين الانتفاع بثمار المال العام وبين تخصيصه للمنفعة العامة ، فجنى الثمار الطبيعية للأشجار القائمة على جوانب الطرق العامة مثلا لا يتنافى مع المنفعة العامة التي رصدت لها هذه الطرق ، وما يقال عن الثمار الطبيعية يقال عن الثمار المدنية ، والسكك الحديدية وخطوط التلغرافات والتلفونات تأتي للدولة بربح وفير . بقي حق الاستعمال ، ولا يجوز القول بأن الشخص الإداري لا يستعمل ماله العام ، وإذا كان تخصيص المال للمنفعة العامة يجعل استعماله مباحا للكافة فإن هذا لا يحرم الشخص الإداري استعماله هو الآخر لهذا المال ، بل هناك من الأموال العامة ما لا يقل نصيب الشخص الإداري في استعمالها عن نصيب سائر الأشخاص كدور الوزارات والمصالح العامة . (٣) ولا يصح القول بأن عدم جواز التصرف في الشيء العام

(١) يشير الأستاذ جرائة في ذلك إلى رسالة دي لوبادير ص ٢١٦ وما بعدها .

على من زرع الخندق الممتد بجوار شريط السكة الحديدية ، وهو عالم بحالته وبوجه الانتفاع الظاهر به^(١) . ثم انتهت إلى إقرار مبدأ التعويض^(٢) ، ولكن لا كقابل لما فات الدولة من منافع أموالها العامة ، بل كجزاء لا بد منه لمنع اعتداء الأفراد على المال العام^(٣) . ثم أطلقت حق الحكومة في أن تعوض عن حيازة الغير لمالها العام^(٤) .

٧٢ — تعدد الدومين العام : لما كان الشخص الإداري يملك ملكية صحيحة الشيء العام الذي يتبعه ، فإنه يترتب على ذلك أن الدومين العام يتعدد بتعدد الأشخاص الإدارية التي تملك أشياء عامة . فكل شخص إداري يملك أشياء عامة يكون له دومين عام يشتمل على هذه الأشياء ، فإذا تعددت الأشخاص الإدارية التي تملك أشياء عامة ، كالدولة والأشخاص الإدارية الإقليمية والأشخاص المعنوية العامة الأخرى ، كان لكل شخص إداري منها دومين عام مستقل عن الدومين العام المملوك للشخص الآخر . ويترتب على تعدد الدومين العام (multiplicité du domaine public) أنه إذا أريد نقل الشيء العام من ذمة شخص إداري إلى ذمة شخص إداري آخر ، كتحويل مستشفى تابع لإحدى البلديات إلى الدولة أو تحويل مدرسة تابعة للدولة (وزارة التربية والتعليم) إلى إحدى البلديات ، وجب أولاً أن يتم التراضي بين الشخصين الإداريين صاحبي الشأن ، ثم يكون للشخص الإداري الذي تجرد من ماله الحق في التعويض يتقاضاه من الشخص الإداري الذي أضيف إليه هذا المال ، وهذا ما يسمى بمبادلات الأموال العامة (mutations domaniales) .

وفي الرأي الذي يقول بأن الشخص الإداري لا يملك المال العام ويقتصر حقه على ولاية إشراف وحفظ وصيانة ، ترتب نتائج هي عكس النتائج التي قدمناها . ذلك أن مجموعة الأموال العامة ، سواء ما كان منها تابعا للدولة

(١) استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٨١ .

(٢) استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٢٦ .

(٣) استئناف مختلط أول يونيو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٩ .

(٤) استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٤٩ — وانظر في كل ذلك محمد زهير

جريدة ص ١٢١ — ص ١٢٢ .

أو ما كان تابعا لأشخاص إدارية أخرى ، تعتبر في هذا الرأى الثانى وحدة شاملة تبسط عليها الدولة ولايتها ، ولا يكون للأشخاص الإدارية الأخرى حق ذاتى فى هذه الأموال ، ويقتصر الأمر بالنسبة إليها على مباشرتها اختصاصات معينة يقررها التشريع الإدارى . ومن ثم تكون مجموعة الأموال العامة خاضعة فى حراستها وصيانتها لولاية الدولة واختصاصات الأشخاص الإدارية الأخرى ، ولا يكون هناك تعدد للدومين العام ، بل يحل محل هذا التعدد وحدة الدومين العام (unité du domaine public) . فإذا أريد نقل شيء عام من تبعية الدولة إلى تبعية شخص إدارى آخر ، أو من تبعية شخص إدارى إلى تبعية الدولة أو إلى تبعية شخص إدارى آخر ، فإن هذا لا يقتضى التراضى بين الدولة والشخص الإدارى الآخر أو بين الشخصين الإداريين ، بل يكفى صدور أمر إدارى من الدولة لإجراء هذا النقل ، ولا محل لتعويض الشخص الإدارى أو تعويض الدولة عن الحرمان من الانتفاع بالمال العام .

وفى قضية فرنسية مشهورة عرض الأمر على كل من محكمة النقض الفرنسية ومجلس الدولة الفرنسى ، فأخذت محكمة النقض بمبدأ وحدة الدومين العام ، فى حين أن مجلس الدولة أخذ بمبدأ تعدد الدومين العام^(١) .

أما فى مصر فالواجب القول بتعدد الدومين العام وبترتيب نتائج هذا التعدد على النحو الذى بسطناه ، وذلك بصريح نص المادة ٨٧ مدنى على ما بينا^(٢) ، واستنادا إلى أن للشخص الإدارى - الدولة أو غيرها من الأشخاص الإدارية الإقليمية أو المصلحية - فى الأموال العامة التابعة له حق ملكية لا شك فيه^(٣) .

(١) انظر نقض فرنسى ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٩ - ١ - ٢٥٧ وتعليق Sarrut - لس الدولة الفرنسى ١٦ يوليه سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١١ - ٣ - ٧٥ تعليق هورديو على الحكم فى مجموعة القضاء الإدارى جزء ٣ ص ٢١١ وما بعدها - وانظر فى تفاصيل القضية محمد زهير جرائد ص ٩٦ - ص ١٠١ .

(٢) انظر ألفا فقرة ٦٥ .

(٣) انظر فى تعدد الدومين العام محمد زهير جرائد ص ١٩٩ - ص ٢١٢ .

(ب) — هو الشخص الإدارى هو هو مقيد :

٧٣ — ما يترتب منه النظام على أنه هو الملكية الإدارية هو

هو مقيد : قدمنا أن حق الملكية الذى للشخص الإدارى فى المال العام هو حق مقيد بتخصيص الشيء للمنفعة العامة ، ولذلك سمي بحق ملكية إدارية^(١) ويترتب على أن حق الملكية الإدارية هو حق مقيد ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٨٧ مدنى ، فقد رأيناها تقول : « وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها ، أو الحجز عليها ، أو تملكها بالتقادم » ، ومن ثم تترتب النتائج الآتية : (١) عدم جواز التصرف فى الشيء العام ، لأن التصرف فيه يتنافى مع تخصيصه للمنفعة العامة . (٢) عدم جواز الحجز على الشيء العام ، لأن الحجز يؤدى إلى بيع الشيء العام جبراً ، أى إلى التصرف فيه ، والتصرف ممنوع كما قدمنا (٣) عدم جواز تملك الشيء العام بالتقادم ، لأن التملك بالتقادم كالتصرف يتنافى مع تخصيص الشيء العام للمنفعة العامة . فهذه نتائج ثلاث نبحثها على التعاقب .

٧٤ — عدم جواز التصرف فى الشيء العام : الشيء العام مملوك

ملكىة صحيحة للشخص الإدارى الذى يتبعه هذا الشيء كما قدمنا ، ولكن لما كان الشيء مخصصاً لمنفعة عامة فإن مقتضى ذلك أنه لا يجوز للمالك — أى للشخص الإدارى — أن يتصرف فى الشيء العام بما يتعارض مع المنفعة العامة التى خصص لها . فلا يجوز للشخص الإدارى أن يبيع الشيء العام ، أو أن يهبه ، أو أن يرهنه ، أو أن يجرى فيه أى تصرف آخر يتعارض مع تخصيصه ، فإن هذه التصرفات من شأنها أن تزيل ملكية الشخص الإدارى للشيء العام ، فلا يستطيع بعد ذلك متابعة تخصيصه للمنفعة العامة . وإذا أراد الشخص الإدارى أن يجرى مثل هذا التصرف ، وجب عليه أولاً تحويل الشيء العام إلى شيء خاص بطريقة من طرق التحويل التى سنبينها فيما يلى^(٢) ، وبعد تجريد الشيء من صفته العامة وصيرورته شيئاً خاصاً يمكن للإدارة عندئذ أن تتصرف

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٦ .

(٢) انظر ما يلى فقرة ٨٢ وما بعدها .

وكما لا يجوز تملك الشيء العام بالتقادم ، كذلك لا يجوز تملكه إذا كان منقولاً بالحيازة . وعلى هذا يجوز للشخص الإدارى أن يسترد الشيء العام المنقول من تحت يده حائزاً ، ولو كان هذا الحائز حسن النية . وإذا كان الشيء العام المنقول قد سرق أو ضاع ثم اشتراه شخص حسن النية ، فإن الشخص الإدارى يستطيع أن يسترده منه ، ولا يلتزم برد الثمن إليه إذا كان المشتري قد اشترى المنقول المسروق أو الضائع فى سوق عامة أو من تاجر يتعامل فى مثل هذا المنقول . وقد قضت محكمة النقض بأن التمثال الأثرى لا يجوز التبائع فيه ، بل بيعه وشرائه باطلان ، وللحكومة أن تقاضى من يكون هذا التمثال فى حيازته مهما كانت جنسيته لتسرده منه ، بغير تعويض تلغفه أو ثمن ترده إليه ، ولا يكون له أن يحتج عليها بحكم المادة ٨٧ مدنى (قديم) ، فإن من المقرر قانوناً أن أحكام امتلاك المنقول بالحيازة لا ترد بحال على الأملاك العامة (١) .

ويمكن القول إنه لما كان الشيء العام لا يجوز أن تنتقل ملكيته إلى أحد مدام مخصصاً للمنفعة العامة ، فإن أياً من أسباب كسب الملكية لا يرد عليه . وأسباب كسب الملكية هى الاستيلاء ولا يتصور أن يرد على الشيء العام ، والميراث والوصية وهما كذلك لا يتصوران ، والشفعة وهى لا تجوز لا فى الشيء العام ولا بالشيء العام . ويبقى بعد ذلك من أسباب كسب الملكية العقد والتقادم والاتصاق . وقد قدمنا أن الشيء العام لا يجوز التصرف فيه بالعقد ولا تملكه بالتقادم ، والآن نقرر أنه لا يجوز تملكه بالاتصاق . فإذا أقامت الإدارة مبنى عاماً على أرض غير مملوكة لها ، لم يجوز لصاحب الأرض أن يملك المبنى العام بالاتصاق ، بل الإدارة هى التى تنزع ملكية الأرض (٢) . ولكن قواعد الاتصاق تنطبق فى الفرض العكسى ، فإذا بنى الغير أو غرس فى أرض من

= يستطيع أن يرفع دعوى الاستحقاق على واضع اليد فى أى وقت ، حتى له بقى واضع اليد حائزاً للشيء العام مدة التقادم .

(١) نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٢٩٩ ص ٦٠٣ .

(٢) نقض فرنسى ١٤ أبريل سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٩ - ١ - ٤٤٢ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٠٨

سيريه ١٩٠٩ - ١ - ٤٨٥ .

المنافع العامة ، جاز للإدارة أن تملك البناء أو الغراس بالالتصاق في مقابل دفع التبعة التي قررها القانون^(١) .

المطلب الثاني

الأشياء الخاصة

(Domaine privé)

٧٧ - مسائل البحث : الأشياء الخاصة هي الأشياء المملوكة ملكية خاصة للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة الأخرى ، وهي الأشياء غير المخصصة للمنفعة العامة . وهناك أمثلة كثيرة لهذه الأشياء . بل إن الأشياء العامة ذاتها يمكن أن تنقلب إلى أشياء خاصة . بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة على الوجه المقرر في القانون . وحق الدولة في الأشياء الخاصة هو حق ملكية خاصة ، لا حق ملكية إدارية . وتخضع هذه الأشياء بوجه عام لأحكام الملكية ، شأنها في ذلك شأن الأشياء المملوكة للأفراد .

فنبحث إذن المسائل الآتية : (١) أمثلة للأشياء الخاصة المملوكة للدولة .
(٢) تحول الأشياء المخصصة للمنفعة العامة ، إلى أشياء خاصة بزوال تخصيصها .
(٣) تكييف حق الدولة في الأشياء الخاصة والأحكام التي تخضع لها هذه الأشياء .

§ ١ - أمثلة للأشياء الخاصة المملوكة للدولة

٧٨ - الدومين الخاص : إلى جانب الدومين العام للدولة يوجد الدومين الخاص . وقد رأينا^(٢) كيف نبت التمييز بين الدومين العام والدومين الخاص في فرنسا ، وقد انتقل هذا التمييز إلى القانون المصري . فأصبح الدومين الخاص ، على خلاف الدومين العام ، هو ما لم يخص للمنفعة العامة ، وتملكه الدولة أو الشخص المعنوي العام ملكية خاصة ، ويكون التصرف فيه كتصرف الأفراد في أموالهم الخاصة .

(١) استئناف مخطط ١٤ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٢٣ - مجلس الدولة للفرنسي ١٠ يونيو سنة ١٩٢٧ مجموعة أحكام مجلس الدولة ١٩٢٧ ص ٥٨١ .
(٢) انظر آنفا فقرة ٤٥ .

وأسباب كسب الدومين الخاص متعددة : وهى نفس أسباب كسب الملكية الخاصة . فقد تملك الدولة المال بالاستيلاء إذا لم يكن له مالك ، فتضع يدها عليه بنية تملكه . وقد تملك الدولة المال ملكية خاصة بالتصاق ، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٩١٩ مدنى على أن « الأراضي التى ينكشف عنها البحر تكون ملكا للدولة » ، والملكية هنا ملكية خاصة كما سبق القول^(١) . وقد تملك الدولة أو الشخص المعنوى العام المال ملكية خاصة بالعمد (كالهبة والبيع) وبالوصية : ويقع ذلك فى بعض الأحيان كما إذا وهب شخص أو أوصى لإحدى الجامعات بمال تستعين به الجامعة على تحقيق أغراضها العلمية . وقد تملك الدولة المال ملكية خاصة بالتقادم طبقا لقواعده ، ولكن متى أصبح المال ملكا خاصا للدولة فإنه يصبح غير قابل لتملك الأفراد له بالتقادم كما سيأتى^(٢) . ونرى من ذلك أن الدولة أو الشخص المعنوى العام قد يملك ، بأسباب مختلفة ، أموالا متنوعة من عقارات ومنقولات ملكية خاصة ، وكثيراً ما يوقف على الجامعات والهيئات العامة أموال طائلة ، فجامعة القاهرة ودار الكتب وغيرهما من الهيئات موقوف عليها أطيان وأرض رصدها عليها رجال الخير . وتدير أموال الدولة الخاصة عادة مصلحة الأملاك الأميرية ، إن لم تدرها هيئة فنية متخصصة .

بقى من أسباب كسب الملكية الشفعة والميراث^(٣) . أما الشفعة فيندر أن تشفع الدولة فى عقار إلا إذا قامت ضرورة ملحة لذلك ، وعند ذلك لا نرى مانعا من أن تأخذ العقار بالشفعة . وسنبحث الميراث فيما يلى :

(١) انظر آتفا فقرة ٥٣ .

(٢) انظر ما يلى فقرة ٨٨ .

(٣) ويضاف إلى أسباب كسب الملكية ، بالنسبة إلى الدولة ، القانون . فقد ينص القانون على أن تملك الدولة مالا معيناً ملكية خاصة ، كما فعل قانون المناجم والمهاجر (رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦) إذ نصت المادة ٣ منه على أن « يعتبر من أموال الدولة ما يوجد من مواد معدنية بالمناجم فى الأراضي المصرية والمياه الإقليمية ، وتعتبر كذلك من هذه الأموال خامات المهاجر عدا مواد البناء ... التى توجد فى المهاجر التى تثبت ملكيتها للغير » ، وكما فعل قانون الإصلاح الزراعى فقد وضع حداً أقصى للملكية الزراعية وما يزيد على هذا الحد تنتقل ملكيته للدولة فيكون مملوكاً لها ملكية خاصة إلى أن يوزع على صغار الفلاحين طبقاً لأحكام هذا القانون .

ونتيجة ثانية تترتب على أن الدولة لا تعتبر وارثاً ، أن مال أهل الممة الذين يتوفون بدار الإسلام عن غير مستحق له هو أيضاً للدولة . واو كانت الدولة وارثاً ، لما ورثت من غير المسلم .

ونتيجة ثالثة تترتب أخيراً على ما تقدم ، أنه او مات شخص عن غير وارث ، ووضع شخص آخر يده على ماله ، فإن حق الدولة لا يسقط بمضي ثلاث وثلاثين سنة ، لأن هذه المدة إنما تسقط دعوى الميراث والدولة ليست بوارث . كذلك لا يستطيع واضع اليد أن يملك التركة بالتقادم ، لأنها مال الدولة الخاص ، ومال الدولة ولو كان خاصاً لا يجوز تملكه بالتقادم كما سنرى (١) .

٨٠ — الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها : ويعتبر أيضاً ملكاً خاصاً للدولة الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها ، كأراضي الصحراء والجبال وما إلى ذلك . وقد نصت المادة ٨٧٤/١ مدني في هذا الصدد على أن ١ — الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها تكون ملكاً للدولة . ٢ — ولا يجوز تملك هذه الأراضي أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقاً للوائح .

والملكية هنا هي أيضاً ملكية خاصة ، وكانت تتميز بحكم خاص ، إذ كانت الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني تنص على ما يأتي : « إلا أنه إذا زرع مصري أرضاً غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها ، تملك في الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبني ولو بغير ترخيص من الدولة . ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتالية خلال الخمس عشرة السنة التالية للتملك » . ولكن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ (م ٨٦) ألغى هذه الفقرة فأصبحت هذه الأراضي شأنها شأن سائر أملاك الحكومة الخاصة تخضع لأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، وسنعود إلى أحكام هذا القانون فيما يلي (٢) .

٨١ — أموال المشروع العام من مؤسسات عامة وشركات عامة : دخل في القانون المصري أخيراً ما يعرف بالمشروع العام (entreprise)

(١) انظر مايل فقرة ٨٨ .

(٢) انظر مايل فقرة ٨٩ — فقرة ٩٢ .

(publique) ، وهو إما مؤسسة عامة أو شركة عامة . وكان ذلك أثراً من آثار التوسع الكبير في نشاط القطاع العام في توجيه الاقتصاد القوي والتنمية الاقتصادية ، وأخذ الدولة بزمام هذا النشاط بعد أن كان متروكاً لنشاط الأفراد أو لنشاط ما يسمى بالقطاع الخاص . والأداة الرئيسية لكل ذلك هي التأميم (nationalisation) ، فيأخذ المشروع العام عادة شكل المؤسسة العامة أو الهيئة العامة عندما تقوم الدولة بنشاط صناعي أو تجاري أو زراعي أو مالي أو عندما تقوم بتأميم المرافق العامة كالكهرباء والغاز والمياه والمواصلات ووسائل النقل المختلفة ، ويأخذ شكل الشركة المساهمة العامة عندما تقوم الدولة بتأميم البنوك وشركات التأمين والشركات التي كانت تابعة من قبل للقطاع الخاص كشركات الملاحة والمصانع والمتاجر والفنادق وكذلك عندما تنشئ المؤسسات شركات عامة .

وقد صدر أخيراً القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٣ في شأن المؤسسات العامة ، والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ في شأن الهيئات العامة . ويظهر من الرجوع إلى هذين القانونين أن المؤسسة العامة « تمارس نشاطاً صناعياً أو تجارياً أو زراعياً أو مالياً أو تعاونياً » (م ١ من قانون المؤسسات العامة) ، في حين أن الهيئة العامة تنشأ « لإدارة مرفق مما يقوم على مصلحة أو خدمة عامة » (م ١ من قانون الهيئات العامة) . على أن هذه التفرقة لم تلتزم بدقة كافية ، فهناك نشاط تمارسه المؤسسة العامة ويمكن أن يكون مرفقاً عاماً ، كما أنه ليس ثمة ما يمنع الهيئة العامة من أن تزاوّل نشاطاً اقتصادياً لا تتوافر له صفة المرفق العام (١) .

والمؤسسات العامة والهيئات العامة تعتبر من أشخاص القانون العام . ولكن أموال المؤسسة العامة تعتبر في الأصل من الأموال الخاصة ، ما لم ينص على خلاف ذلك في القرار الجمهوري الصادر بإشياء المؤسسة . أما أموال

(١) ويقول الأستاذ مصطفى كمال طه في هذا الصدد : « والبواقع أن تحديد ما يعتبر مؤسسة عامة أو هيئة عامة لا يرجع إلى طبيعة النشاط . . . وإنما المرجع إلى تحديد ذلك هو إلى القرار الجمهوري . . . ومعنى ذلك أن ضابط التفرقة بين المؤسسة العامة والهيئة العامة هو في الحقيقة ضابط شكل محض مرده إرادة المشرع وحدها . وبالرغم من صدور قانون للمؤسسات العامة وآخر للهيئات العامة . فإن أغلبية الأحكام مشتركة بينهما » (مصطفى كمال طه في الوجيز في القانون التجاري سنة ١٩٦٥ فقرة ١٨٣) .

الهيئات العامة فتعتبر في الأصل من الأموال العامة ، ما لم ينص على خلاف ذلك في القرار الجمهوري الصادر بإنشاء الهيئة^(١). والمؤسسات العامة لها ميزانية مستقلة ، وتوضع على نمط ميزانيات المشروعات التجارية ، وأرباح المؤسسة العامة بحسب الأصل تؤول إليها ، كما تواجه المؤسسة العجز أو الخسارة أصلاً عن طريق ما تعقده من قروض . أما الهيئات العامة ، وإن كانت لها ميزانية خاصة ، إلا أنها تلحق بميزانية الدولة وتجرى عليه أحكامها ، وتحمل الدولة عجزها ، ويؤول لميزانية الدولة ما قد تحققه من أرباح .

والشركات المساهمة العامة تعتبر من أشخاص القانون الخاص . وتعتبر أموالها أموالاً خاصة ، شأنها في ذلك شأن المؤسسات العامة ، بل هي أولى من المؤسسات في اعتبار أموالها أموالاً خاصة ، إذ هي كما قدمنا من أشخاص القانون الخاص في حين أن المؤسسات من أشخاص القانون العام كما سبق القول . ويخلص من ذلك أن كلا من المؤسسات العامة وشركات المساهمة العامة تعتبر أموالها أموالاً خاصة .

§ ٢ - تحول الأشياء العامة إلى أشياء خاصة بزوال تخصيصها للمنفعة العامة

٨٢ - نص قانوني : تنص المادة ٨٨ مدني (المعدلة بالقانون رقم ٣٣١ لسنة ١٩٥٤) على ما يأتي :

« تفقد الأموال العامة صفتها بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة . وينتهي التخصيص بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص ، أو بالفعل ، أو بانتهاء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة »^(٢).

(١) وهناك قوانين وقرارات منشئة لبعض المؤسسات والهيئات قد نصت صراحة على اعتبار أموالها أموالاً خاصة : مثل ذلك م ١٢ من نظام هيئة قناة السويس ، وم ٢٨ من نظام البنك المركزي المصري ، وم ١٣ من نظام البنك الأهلي المصري ، وم ٨ من قانون مؤسسة بنك مصر .
(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التثمين المدنى الجديد ، فيما عدا أن عبارة « أو بالفعل » لم تكن واردة في نص المشروع التمهيدى . وأقرت النص لجنة المراجعة تحت رقم ٩٠ في المشروع النهائى . وأقره مجلس النواب تحت رقم ٩٠ . وفي لجنة مجلس الشيوخ أضيفت عبارة « أو بالفعل » بعد عبارة « أو »

قد مضى على حيازته له وقت نفاذ التعديل خمس عشرة سنة كاملة ، فإن وازع اليد لا يستطيع كسب هذا الملك الخاص بالتقادم ، حتى لو أتم بعد نفاذ التعديل مدة خمس عشرة سنة وهو حائز للمال .

وإذا حاز شخص مالا وادعى أنه تملكه بالتقادم ، فعليه هو إذا كان مدعيا أن يثبت التملك بالتقادم بجميع شروطه . ومتى أثبت ذلك ، كان على الحكومة أن تثبت بجميع طرق الإثبات أن هذا المال ، بالرغم من توافر شروط التملك بالتقادم فيه ، هو من أملاكها الخاصة ، ومن ثم لا يجوز تملكه بالتقادم . وكما لا يجوز تملك المال الخاص للدولة بالتقادم ، كذلك لا يجوز بالتقادم كسب أى حق عيني عليه ، كحق ارتفاق أو حق انتفاع ، شأن المال الخاص فى ذلك شأن المال العام .

وقد صدر بعد قانون سنة ١٩٥٧ القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ بجرى تعديلا آخر فى نص المادة ٩٧٠ مدنى . فصار النص ، بعد هذا التعديل الأخير ، بجرى على الوجه الآتى : « فى جميع الأحوال لا تكسب حقوق الإرث بالتقادم ، إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة . ولا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة وكذلك أموال الأوقاف الخيرية . أو كسب أى حق عيني عليها ، بالتقادم . كما لا يجوز التعدى عليها ، وفى حالة حصول التعدى يكون للجهة صاحبة الشأن حق إزالته إداريا بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة » . وهذه ميزة أخرى لأموال الحكومة الخاصة ، كسبتها بهذا التعديل الأخير . فالأصل أن الحكومة ليس لها أن تلجأ إلى الطرق الإدارية ، لإزالة الاعتداء على الملك العام . أما الملك الخاص ، إذا اعتدى أحد عليه ، فإنه طبقا للقواعد العامة لا يجوز للحكومة أن تزيل الاعتداء بنفسها أى بالطرق الإدارية ، بل عليها أن تلجأ إلى القضاء . فالآن بعد التعديل الأخير ، أصبح للحكومة إزالة الاعتداء على الملك الخاص بالطرق الإدارية ، دون الالتجاء إلى القضاء . فإذا حاز شخص عينا ، وادعت الحكومة أن هذه العين هى من أملاكها الخاصة ، كان لها ، دون أن تلجأ إلى القضاء ، أن تنزع العين من يد حائزها ، والحائز هو الذى يلجأ إلى القضاء بعد انتزاع العين من يده إذا رأى وجها لذلك .

ولم ينظم القانون تأجير الأراضي البور . « وعلة ذلك — كما تقول المذكرة الإيضاحية — أن الأراضي البور قد عهد باستصلاح جانب كبير منها إلى الأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة المتخصصة في أعمال استصلاح الأراضي وتعميرها . وبعد إتمام استصلاح الأشخاص الاعتبارية لتلك الأراضي وتعميرها وزراعتها . تكون طبيعة الأراضي المذكورة قد تغيرت من أرض بور إلى أرض توصف بأنها زراعية ، وتسرى عليها تبعاً لذلك الأحكام المنصوص عليها في القانون المرافق والخاصة بالأراضي الزراعية » .

ولكن القانون نظم تأجير الأراضي الصحراوية . وكذلك التصرف في الأراضي الصحراوية المستصلحة .

فيجوز أن تؤجر الأراضي الصحراوية إلى صغار الزراع الذين تتوافر فيهم شروط معينة في حدود عشرة أفدنة لكل منهم . وتكون الأولوية في التأجير لمن كان يضع العين على الأرض المؤجرة ويزرعها فعلاً ، ثم لمن هو أكثر عائلة وأقل مالا من أهل المنطقة الأقرب إلى موقع الأرض المؤجرة ، ثم لغير هؤلاء وفقاً لمراتب الأولوية التي تحددها اللائحة التنفيذية . وتحدد اللائحة التنفيذية القواعد التي تتبع في تقدير القيمة الإيجارية للأراضي الصحراوية ومدة الإيجار وسائر شروطه ، ولا يجوز أن تؤجر الأرض لمدة تزيد على تسع سنوات . على أنه يجوز لوزير الإصلاح الزراعي . بعد أخذ رأي وزير الحربية ، أن يحدد مناطق صحراوية معينة لا يسرى عليها قيد مدة تسع السنوات ، وكذا مناطق صحراوية معينة يحظر فيها التأجير على إطلاقه .

أما التصرف في الأراضي الصحراوية التي يتم استصلاحها وتعميرها وزراعتها بواسطة الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة التي يعهد إليها بذلك ، وفقاً لبرامج التنمية ومخططاتها ، فيكون بتوزيعها على صغار الزراع وخريجي المعاهد الزراعية الذين تتوافر فيهم شروط معينة . بحيث يختص كل منهم بملكية جديدة لا تقل عن أربعة أفدنة ونصف ولا تزيد على سبعة أفدنة ونصف تبعاً لحودة الأرض والحالة الاجتماعية للمتفع . وتكون الأولوية في التوزيع على الوجه الآتي : أولاً — لمن أضر في مورد رزقه بسبب أعمال الاستصلاح من المقيمين في منطقتها . ثانياً — ما يبقى من الأراضي المستصلحة بعد ذلك ينحصر نصفه على أهل المناطق المزدحمة بالسكان التي يصدر بتحديدتها قرار

٣- الأراضي الفضاء والعقارات المبنية : فيما يتعلق بتأجير الأراضي

الفضاء ، تؤجر هذه الأراضي إذا كانت مشغولة بمنشآت غير ثابتة ، إلى شاغلها لمدة لا تزيد على عشر سنوات بشرط ألا يقيموا عليها أية منشآت ثابتة ، ويجوز تجديد العقد لمدة أو مدد أخرى مماثلة بقرار من وزير الإصلاح الزراعي . كما يجوز بقرار من الوزير التأجير لمدة تزيد على عشر سنوات ولا تجاوز ثلاثين سنة ، إذا كان الغرض من التأجير هو إقامة منشآت ثابتة على الأرض المؤجرة ، بشرط أن يقبل المستأجر وصاحب المنشآت أيلولة الأرض بما عليها من منشآت ثابتة إلى الدولة في نهاية مدة التعاقد دون مقابل . وفيما يتعلق بتأجير العقارات المبنية ، يكون تأجيرها بالأجرة المقررة طبقاً لأحكام القوانين السارية .

وفيما يتعلق بالتصرف ، يجوز التصرف في الأراضي المبنية أو المشغولة بمنشآت ثابتة أو غير ثابتة إلى شاغلها ، وذلك بطريق الممارسة وفقاً للقواعد والشروط التي تحددها اللائحة التنفيذية .

بقيت الأراضي الفضاء غير المشغولة بمنشآت ثابتة أو غير ثابتة ، فهذه يكون تأجيرها والتصرف فيها بطريق الممارسة أو المزايدة العلنية ، وفقاً للقواعد والإجراءات والشروط التي تحددها اللائحة التنفيذية .

٩١- أملا م عامة تسرى على جميع الأراضي : وبعد أن بين القانون

القواعد الواجبة الاتباع في تأجير الأراضي بمختلف أنواعها وفي التصرف فيها على النحو سالف الذكر ، انتقل إلى تقرير أحكام عامة تسرى على جميع الأراضي نذكر منها ما يأتي :

١- لا يجوز لأي شخص أن يضع يده على العقارات الداخلة في ملكية الدولة الخاصة ، ولا أن يحوزها بأية صفة كانت ، إلا وفقاً لأحكام القانون ، وقد تقدم أنه لا يجوز أيضاً تملكها بالتقادم . وكل تصرف أو تقرير لأي حق حيني أو تأجير يتم بالمخالفة لأحكام القانون يقع باطلاً ولا يجوز شهره ، ويجوز لكل ذي شأن طلب الحكم بهذا البطلان ، وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

٢- ما يستحق للدولة من ثمن أو أجرة من العقارات الداخلة في ملكيتها

الخاصة له امتياز عام على أموال المدين في مرتبة المبالغ المستحقة للخزانة العامة ، وسابقة على أي امتياز آخر عدا المصروفات القضائية والضرائب والرسوم ، والدولة أن تحصل هذه المبالغ بطريق الحجز الإداري . ولا يجوز لمن توول إليه ملكية أحد هذه العقارات أن يتصرف فيه إلا بعد أداء ثمنه كاملاً ، وإلا كان التصرف باطلاً ولا يجوز شهره .

٣ - إذا تخلف المتصرف إليه عن الوفاء بأحد التزاماته ، ولم تكن قد مضت خمس سنوات من تاريخ التصرف ، حقق الموضوع بواسطة لجنة تشكل برئاسة مستشار مساعد بمجلس الدولة وعضوية نائب بمجلس الدولة وأحد مديري الإدارات بالهيئة العامة للإصلاح الزراعي أو المؤسسة المصرية العامة لتعمير الصحاري بحسب الأحوال . وللجنة ، بعد سماع أقوال صاحب الشأن ، أن تصدر قراراً بإلغاء التوزيع أو فسخ البيع . ولصاحب الشأن أن يتظلم من هذا القرار إلى وزير الإصلاح الزراعي خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغه إليه . ولا يكون قرار اللجنة نهائياً إلا بعد تصديق الوزير عليه بعد انقضاء ميعاد التظلم ، وينفذ القرار بالطريق الإداري . ويترتب على إلغاء التوزيع أو الفسخ اعتبار المتصرف إليه مستأجراً للعقار من تاريخ تسليمه إليه ، وتستحق عليه أجرته حتى تاريخ تسلمه منه ، ويستنزى من قيمة هذه الأجرة ما أداه المتصرف إليه قبل إلغاء التوزيع أو الفسخ من ثمن وفوائد وكذلك ما يستحق له من تعويض عن الغراس والمنشآت التي يكون قد أقامها في العقار على نفقته .

٤ - يجوز لوزير الإصلاح الزراعي أن يرخص في تأجير بعض العقارات أو في التصرف فيها دون التقيد بأحكام القانون ، وذلك إذا كان التأجير أو البيع إلى الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة أو الأفراد بالنسبة إلى ما يحتاجونه من تلك العقارات لتنفيذ مشروعات تفيد في تنمية الاقتصاد القومي ، أو لدعم مشروعات قائمة منها ، أو لإقامة منشآت ذات نفع عام عليها ، وذلك بعد موافقة الجهة الإدارية المختصة . ويكون التأجير أو البيع في هذه الحالات بالأجرة أو الثمن وبالشروط التي تحددها اللائحة التنفيذية .

٥ - يجوز لوزير الإصلاح الزراعي عند الضرورة القصوى أن يقرر تجميع الأراضي الداخلة في ملكية الدولة الخاصة قبل التصرف فيها ، مع تعويض الغير من أصحاب الأراضي التي تتخللها أو تتداخل فيها على وجه يقلل من

إنتاجها أو من تمام الانتفاع بها ، إما حيناً أو نقداً حسب اختيار صاحب الشأن .
فإذا لم يبد صاحب الشأن خياره ، كان التعويض حيناً ، وتحدد اللائحة التنفيذية
إجراءات التجنيب ، وقواعد التعويض العيني والنقدي ، وشروطه .

٦ - وأخيراً تنص المادة ٦٩ من القانون على أنه « مع حدم الإخلال بأية
عقوبة أشد ، يعاقب بالحبس وبغرامة لا تتجاوز مائة جنيه أو بإحدى هاتين
العقوبتين كل من يدلي ببيانات غير صحيحة يترتب عليها انتفاع أو انتفاع
غيره دون وجه حق بأحكام هذا القانون ، سواء كان ذلك باقتضاء تعويض
لا يستحقه أو باستئجار أو تملك العقارات التي تسرى عليها أحكام هذا القانون ،
وذلك فضلاً عن رد ما قبضه بغير حق وبطلان التصرف ومصادرة المبالغ
التي يكون المخالف قد أداها إلى الحكومة - ويعني من العقاب كل من بادر من
تلقاء نفسه بإبلاغ الجهة الإدارية المختصة بأمر البيانات غير الصحيحة التي يكون
قد أدلى بها أو اشترك في الإدلاء بها على النحو المشار إليه في الفقرة السابقة » .

٩٢ - أثر أمظام قانونه سنة ١٩٦٤ بالنسبة إلى الوقائع التي سبقت

صدوره : وقد انتهى القانون في الباب السادس منه إلى أحكام انتقالية وختامية
عرض فيها لوقائع سبقت صدوره وبين أثر أحكامه في هذه الوقائع . نذكر
من ذلك :

- ١ - عقود إيجار العقارات الداخلة في ملكية الدولة الخاصة ، والتي كانت
سارية في تاريخ العمل بالقانون ، تلغى فيما يخالف أحكامه .
- ٢ - جميع التصرفات التي تمت قبل العمل بالقانون على عقارات كانت
داخلة في ملكية الدولة الخاصة تبقى نافذة ، بذات الشروط والأحكام السارية
وقت إقرارها . ويجوز للمجلس التنفيذي (مجلس الوزراء) تعديل هذه
الشروط والأحكام أو إلغاؤها أو إضافة أحكام جديدة إليها ، إذا كان ذلك
بقصد التيسير على المتصرف إليهم من صغار الفلاحين أو من خريجي المعاهد
الزراعية .

- ٣ - يمنح كل من اشترى أرضاً بوراً أو أرضاً صحراوية من الحكومة بقصد
استصلاحها ، قبل العمل بالقانون ، مهلة يتم خلالها استصلاح الأراضي المبيعة
إليه وزراعتها ، مدتها عشر سنوات من تاريخ تسليمها إليه أو سبع سنوات من

تاريخ العمل بالقانون أى المدين طول . فإذا لم يقم الميثرى باستصلاح الأرض المبيعة إليه وزراعتها خلال المهلة المشار إليها ، اعتبر العقد مفسوخا من تأمل ذاته ، دون حاجة إلى تنبيه أو إحدار أو حكم قضائى .

٤ - يعتد بحقوق الملكية والحقوق العينية الأخرى الواردة على عقارات كائنة فى إحدى المناطق المعتبرة خارج الزمام فى تاريخ العمل بقانون تنظيم تملك الأراضى الصحراوية (رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨) ، والمستندة إلى عقود تم شهرها أو أحكام نهائية سابقة على هذا التاريخ أو إلى عقود صدرت من الحكومة وتم تنفيذ الشروط الواردة بها ولم تشهر بعد . كما يعتد أيضاً بالقرارات النهائية الصادرة وفقاً لأحكام قانون تنظيم تملك الأراضى الصحراوية ، والى تضمنت تقرير التملك لبعض الأشخاص بالنسبة إلى ما كانوا يحوزونه من عقارات . ويعد مالكا بحكم القانون : (١) كل غارس أو زارع فعلى لحسابه لأرض صحراوية لمدة سنة كاملة على الأقل سابقة على تاريخ العمل بقانون تنظيم تملك الأراضى الصحراوية ، وذلك بالنسبة إلى ما يقوم بزراعته بالفعل من تلك الأراضى فى تاريخ العمل بهذا القانون ، وبما لا يجاوز الحد الأقصى للملكية الزراعية المقررة قانونا . ولايسرى هذا الحكم على الأراضى التى تزرع جزءا من السنة على مياه الأمطار فقط . فإذا كانت تلك الأراضى تروى من آبار طمست دون تعمد أو تقصير بعد تاريخ العمل بقانون تنظيم تملك الأراضى الصحراوية ، فيجوز أن يعوض ملاك تلك الأراضى عنها بمساحات مماثلة لها فى مناطق الآبار الجديدة التى تنشئها الدولة . (ب) كل من أتم قبل العمل بقانون تنظيم تملك الأراضى الصحراوية إقامة بناء مستقر بحيزه ثابت فيه ولا يمكن نقله منه ، وذلك بالنسبة إلى الأرض المقام عليها البناء والمساحة المناسبة التى تلحق به وتعد مرفقاً له ، بحيث لا تزيد على المساحة المقام عليها البناء ذاته على الأكثر ، وذلك بشرط بقاء البناء قائماً حتى تاريخ العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ .

٥ - العقارات التى تم التصرف فيها قبل تاريخ العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ وكانت داخلة فى ملكية الدولة الخاصة ، ولم يتم الوفاء بكامل ثمنها وملحقاته حتى ذلك التاريخ ، وتغير وضع اليد الفعلى عليها نتيجة تصرفات تالية ، يجوز لوزير الإصلاح الزراعى أن يرخص فى اتخاذ إجراءات نقل

ملكيتها إلى الحائزين الحاليين ، وتجزئة الديون المستحقة للحكومة من باقى الثمن وملحقاته بالنسبة إلى كل منهم بحسب مساحة العقار الذى يضع يده عليه . ويجوز التنظيم من القرارات الإدارية الصادرة فى شأن تحقيق الملكية ووضع اليد وتجزئة ديون الحكومة خلال ثلاثة أشهر من تاريخ نشر هذه القرارات . وتختص بالفصل فى التنظيم اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى ، ويكون قرارها فى هذا الشأن نهائيا . وتبين اللائحة التنفيذية الإجراءات التى تتبع فى تحقيق الملكية ووضع اليد وفى تجزئة ديون الحكومة وفى النشر عن القرارات الإدارية الصادرة فى هذا الشأن وتحديد الأنموذج الذى يتم بموجبه نقل الملكية وتجزئة ديون الحكومة بالنسبة إلى كل من الحائزين المذكورين^(١)

الفصل الثانى

الحقوق التى ترد على الأشياء المادية (أو الأموال)

٩٣ - **الأموال والذمة المالية :** قدمنا أن الحقوق التى ترد على الأشياء المادية هى الأموال ، تميزاً للمال عن الشيء . ومجموع هذه الأموال^(٢) هى الذمة المالية .

فنبحث إذن : (١) الأموال وتقسيمها إلى حقوق عينية وحقوق شخصية
(٢) الذمة المالية وما يتصل بها من الحلول العينية .

(١) وانتهى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتأليف لجنة عليا لتفسير نصوصه تفسيراً تشريعياً ، فنصت المادة ٨٧ منه على أن « تشكل لجنة عليا برئاسة وزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى وعضوية كل من رئيس مجلس الدولة ورؤساء مجالس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى والمؤسسة المصرية العامة لتعمير الأراضى والمؤسسة المصرية العامة لاستصلاح الأراضى والمؤسسة المصرية العامة لتعمير الصحارى ورئيس إدارة الفتوى والتشريع المختصة بمجلس الدولة ووكيل وزارتي الخزانة والحرية . ويكون لهذه اللجنة تفسير أحكام هذا القانون ، وتعتبر قراراتها فى هذا الشأن تفسيراً تشريعياً ملزماً ، وتُنشر فى الجريدة الرسمية » .

(٢) ويدخل فى ذلك الديون ، كما تدخل الحقوق المالية التى ترد على الأشياء غير المادية وبمبسطها فى الباب الثانى الذى أفردها للأشياء غير المادية .

المبحث الأول

بماذا يتميز الحق العيني عن الحق الشخصي
وتقسيم الحقوق العينية والحقوق الشخصية إلى عقار ومنقول

المطلب الأول

بماذا يتميز الحق العيني عن الحق الشخصي

٩٥ - تعريف كل من الحق العيني والحق الشخصي - إمانة إلى

عائدهم في نظرية الالتزام : قدمنا في الجزء الأول من الوسيط (١) ، عند الكلام في النظرية العامة للالتزام ، أن الحق العيني هو سلطة يعطيها القانون لشخص معين على شيء معين ، وبموجبها يستطيع الشخص أن يستخلص لنفسه ما للشيء من فوائد اقتصادية . أما الحق الشخصي فهو رابطة قانونية (juris vinculum) ، ما بين شخصين دائن ومدين ، يخول الدائن بموجبها مطالبة المدين بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمله .

وقد عرف القانون الروماني الفرق ما بين الحق العيني والحق الشخصي ، ولكنه كمعاده كان يركز على الدعوى لا على الحق . ففي الدعوى العينية (actio in rem) ، كانت صيغة الدعوى (formule) لا تتضمن تعيين المدعى عليه ، وتقتصر على تعيين صاحب الحق والشيء محل الحق . وفي الدعوى الشخصية (actio in personam) ، كانت صيغة الدعوى تتضمن تعيين المدعى عليه أي المدين ، لأنه هو الشخص الذي يرتبط بالدائن وبوساطته يقتضى الدائن حقه . ولكن القانون الروماني لم يصل إلى تعريف مجرد للحق العيني ، بل إن الاسم نفسه لم يكن مألوفاً فيه ، ولم يظهر إلا أخيراً عند المحققين (glossateurs) . وهذا بخلاف الحق الشخصي أي الالتزام ، فله تعريف تقليدي مألوف في القانون الروماني (٢) .

(١) فقرة ٢ وما بعدها .

(٢) وهذا هو : Obligatio est juris vinculum que necessitate adstringimur : alcujs solvendae rei, secundum nostrae civitatis jure.

أما في العصور الوسطى ، فقد برزت الحقوق العيية ، وبخاصة الحقوق العيية الإقطاعية (féodaux) ، وتعددت ، في حين أن الحق الشخصي أخذ في الانزواء والضمور . بل نزلت من الحقوق الشخصية بعض حقوق اقتربت من الحقوق العيية وسميت « jus ad rem » ، وهي الحقوق الشخصية التي تلزم المدين ينقل حق عيني إلى الدائن (١) .

٩٦ - محاولة هدم التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي : وقد قدمنا (٢) أن التمييز ما بين الحق العيني والحق الشخصي هو الأساس الذي تقوم عليه تقسيمات القانون المدني فيما يتعلق بالأموال . وقد وقعت محاولات لهدم هذا التمييز ، إما بتقريب الحق العيني من الحق الشخصي ، أو بتقريب الحق الشخصي من الحق العيني .

٩٧ - محاولة هدم التمييز بتقريب الحق العيني من الحق الشخصي : وعلى رأس من قال بتقريب الحق العيني من الحق الشخصي برز پلانيول (٣) ، فهو يقول إن القانون إنما ينظم الروابط ما بين الأشخاص ، ولا يمكن أن يقال إن الحق العيني هو رابطة ما بين الشخص والشئ ، لأن الشئ إنما يكون محلاً للحق لا طرفاً فيه ، والرابطة إنما تكون بين الشخص والشخص . فالحق العيني إذن هو ، كالحق الشخصي ، رابطة ما بين شخص وشخص . والحق العيني يتفق أيضاً مع الحق الشخصي في أنه يشتمل مثله على عناصر ثلاثة : محل الحق والدائن والمدين . فحق الملكية مثلاً محله الشئ المملوك ، والدائن هو المالك ، والمدين هم الناس كافة فيما عدا الدائن إذ يجب عليهم جميعاً احترام هذا الحق . فالحقان إذن يتماثلان من حيث الطبيعة والعناصر ، وإنما يختلفان في شئ غير جوهري ، كما يقول پلانيول ، هو بجانب المدين . ففي الحق العيني يكون المدين دائماً هم جميع الناس عدا الدائن ، ولهذا يمكن اعتبار الحق

(١) انظر Brissaud ص ٢٣٨ وص ٢٤١ .

(٢) الوسيط ١ فقرة ٢ - فقرة ٤ .

(٣) پلانيول جزء أول سنة ١٨٩٦ فقرة ٢١٥٨ - وغاي ديموج ، بعد پلانيول ، في تقريب الحق العيني من الحق الشخصي إلى حد التسوية بينهما (ديموج في الأفكار الأساسية في القانون الخاص ص ٤٠٥ - ص ٤٤٣) .

العيني حقاً شخصياً عاماً من حيث المدين (passivement universel) أما في الحق الشخصي فالمدين هو شخص أو أشخاص معينون بالذات . والذي نستقيه مما قاله پلانيول أنه من الخطأ أن يقال إن الحق العيني رابطة ما بين الشخص والشيء ، فالرابطة لا تقوم كما يقول پلانيول إلا بين الشخص والشخص . ولذلك قلنا في تعريف الحق العيني إنه « ساطة لشخص على شيء » ، ولم نقل إنه « رابطة ما بين شخص و شيء » . وأما القول بأن الحق العيني هو حق شخصي عام من حيث المدين ، فليس هذا هو الذي يختلف فيه الحق العيني عن الحق الشخصي كما ذهب پلانيول ، إذ الحق الشخصي فيه أيضاً هذا الجانب العام من حيث المدين ، وتلتزم الناس كافة باحترامه (١) . فإذا أخل أحد بهذا الالتزام ، بأن حرّض المدين مثلاً على أن يمتنع عن القيام بما تعهد به ، كان مسئولاً ووجب عليه التعويض . والذي يخالف فيه الحق الشخصي الحق العيني أن الحق الشخصي يزيد على الحق العيني شيئاً جوهرياً هو الذي يميزه عنه ، وذلك هو الجانب الخاص من حيث المدين إلى هذا الجانب العام الذي تقدم ذكره . ففي كل حق شخصي يوجد مدين معين أو مدينون معينون هم الذين يباشرون ساطته على الشيء محل الحق بوساطتهم ، ولا وجود ل هؤلاء في الحق العيني . وهذا فرق جوهري ما بين الحقين ترتب عليه نتائج هامة سيأتي ذكرها . وإذا تعين شخص بالذات يكون قد اعتدى على الحق العيني ، فإن هذا الشخص يكون مسئولاً لا بموجب الحق العيني ذاته ، بل بموجب التزام شخصي تولد عن الخطأ الذي ارتكبه ، ويكون إذن طرفاً لا في الحق العيني الموجود من قبل ، بل في الحق الشخصي الذي تولد عن الخطأ (٢) .

على أن احترام الناس كافة للحق العيني إنما يكون بعد استكمال هذا الحق لجميع عناصره ، وقيامه حقاً كاملاً مستوفياً لجميع مقوماته . فهذا الاحترام إذن ليس عنصراً من عناصر الحق العيني ، إذ هو لا يوجد كما قدمنا إلا بعد

(١) واحترام الناس للحقوق ، عينية كانت أو شخصية ، ليس معناه أن هناك التزاماً يقع على عاتق كل منهم بحيث يصح أن يكون هذا الالتزام ديناً في الذمة يحسب بين عناصرها السلبية (كاربونيه ص ٤٠) .

(٢) انظر في هذا المعنى شفيق شحاتة فقرة ١٣ ص ٢٢ - ص ٢٣ - وقارن پلانيول وريپر وبيكار ٣ فقرة ٣٨ ص ٤٣ - محمد علي غرقة فقرة ٦ ص ١٤ .

كانت العبرة في الحق الشخصي هي بقيمته المادية لا بالمدين والدائن ، أمكن تصور أن تنتقل هذه القيمة المادية من مدين إلى مدين في حوالة الدين ، كما انتقلت من دائن إلى دائن في حوالة الحق . وأمكن كذلك ، بفضل المذهب المادى ، أن نتصور التزاما يقع عبثاً في مال المدين دون أن يكون هناك دائن يقتضى المدين هذا العبء وقت وجود الالتزام ، ويكفى أن يوجد الدائن وقت التنفيذ ، كما في الوعد بجائزة لغير دائن معين وكالسند لحامله وكالاشتراط لمصلحة شخص غير معين .

ولكننا مع ذلك لا نرى المذهب المادى يترتب عليه حتماً هدم التمييز ما بين الحق العيني والحق الشخصي . « فمن الممكن — كما قلنا في الجزء الأول من الوسيط — أن ينظر إلى الالتزام نظرة مادية باعتبار موضوعه لا باعتبار أشخاصه ، ويكون في هذا تقريب بينه وبين الحق العيني . ولكن ذلك لا يبنى أن هناك فرقاً جوهرياً ما بين الحقين ، حتى إذا نظر إليهما معاً من حيث موضوعهما هـ فالدائن في الحق العيني يستعمل سلطته مباشرة على موضوع الحق دون وسيط بينهما ، بخلاف الحق الشخصي فليس للدائن فيه إلا سلطة غير مباشرة على الشيء موضوع الحق ، ولا يستعمل هذه السلطة إلا بوساطة المدين » (١) .

٩٩ — بقاء التمييز قائماً ما بين الحق العيني والحق الشخصي :

وبالرغم من المحاولات المتقدمة ، محاولة تقريب الحق العيني من الحق الشخصي ومحاولة تقريب الحق الشخصي من الحق العيني ، فإن التمييز ما بين الحقين بقي قائماً قياماً لا شبهة فيه ، وبقي هو المحور الذى تدور عليه تقسيمات القانون المدنى فى الأموال . فالقانون المدنى لا يزال يقسم الأموال إلى حقوق عينية وحقوق شخصية ، ويميز تمييزاً دقيقاً بين هذه وتلك ، ويعقد فصولاً للأولى تنفصل تماماً عن الفصول التى يعقدها للأخرى . وهكذا فعلت كل التفتينات المدنية القديمة والحديثة ، وهكذا فعل التقنين المدنى المصرى السابق والحديث .

فصاحب الحق العيني يصل مباشرة إلى الشيء محل الحق ، ويستخلص منه فوائده دون وساطة أحد ، إذ هو ليس فى حاجة إلى هذه الوساطة . أما صاحب الحق الشخصي فلا يصل مباشرة إلى الشيء محل الحق ، وإنما يصل

(١) الوسيط ١ فقرة ٤ — وانظر كاربونيه ص ٤٠ — ص ٤١ .

إليه بطريق غير مباشر وبوساطة المدين . ولا يستطيع أن يستعمل حقه على الشيء إلا إذا توسط المدين بينه وبين هذا الشيء ، فهو لا يستعمل سلطة مباشرة على الشيء كما في الحق العيني ، بل يتقاضى حقاً من المدين . ونأخذ مثلاً لذلك المنتفع صاحب الحق العيني والمستأجر صاحب الحق الشخصي . فالمنتفع يباشر سلطته على الشيء مباشرة دون وساطة صاحب الرقبة ، أما المستأجر فلا يباشر سلطة مباشرة على العين المؤجرة وإنما يطالب المؤجر بتمكينه من الانتفاع بالعين فلا يصل إليها إلا بوساطة المؤجر . والمهم في الحق العيني ليس هو تعيين المدين إذ لا مدين في الحق العيني كما قدمنا ، بل هو تعيين الشيء محل الحق إذ لا يمكن أن يترتب حق عيني إلا على شيء معين بالذات . أما المهم في الحق الشخصي فليس تعيين الشيء محل الحق إذ يجوز أن يتعلق الحق الشخصي بشيء غير معين إذا كان قابلاً للتعيين ، وإنما المهم هو تعيين المدين إذ لا يقوم حق شخصي إلا بمدين معين يترتب في ذمته الالتزام وقت نشوئه . فيبقى إذن التمييز ما بين الحق العيني والحق الشخصي — كما قلنا في الجزء الأول من الوسيط — « قائماً ومحتفظاً بأهميته . فالحق العيني سلطة مباشرة للشخص على الشيء ، والحق الشخصي رابطة ما بين شخصين . والظاهرة المهمة في الحق العيني هي تحديد الموضوع ، أما في الحق الشخصي فتحدد المدين . ويزيد الحق الشخصي عن الحق العيني عنصراً أساسياً ، هو وجود مدين معين يباشر بوساطته الدائن سلطته على الشيء موضوع الحق »^(١) . ومن أجل ذلك كان الحق الشخصي أكثر تعقيداً من الحق العيني ، فالحق الشخصي يتكون من عناصر ثلاثة هي الدائن والمدين ومحل الحق ، أما الحق العيني فيكتفي في تكوينه عنصراً هماً صاحب الحق ومحل الحق^(٢) .

(١) الوسيط ١ فقرة ٥ .

(٢) ولا يزال الحق الشخصي رابطة فيما بين شخصين ، « ولا يزال لشخصية الدين والدائن أثر كبير في تكوين الالتزام وتنفيذه . فقد رأينا أنه لا بد من وجود طرفي الالتزام وقت التنفيذ على الأقل . وسرى أن نية الطرفين — وهذا شيء نفسي — يؤثر تأثيراً كبيراً في وجود الالتزام صحيحاً ، وفي تنفيذه على الوجه المطلوب . والنية هي السبيل الذي تتسرب منه العوامل الخلقية إلى القواعد القانونية . ونضيف إلى ما تقدم أن شخصية المدين بنوع خاص ضرورية في الالتزام ، لا عند تنفيذه فحسب ، بل أيضاً عند نشوئه ، وهذا ما يعترف به المذهب المادي ذاته » (الوسيط ١ فقرة ١١) .

استعمال الارتفاق على الوجه المألوف ، ما لم يشترط غير ذلك » . وتنص المادة ١٠٢٢ مدني على أن « ١ - نفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه تكون على مالك العقار المرتفق ما لم يشترط غير ذلك . ٢ - فإذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك الأعمال على نفقته ، كان له دائماً أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلي عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق . ٣ - وإذا كانت الأعمال نافعة أيضاً لمالك العقار المرتفق به ، كانت نفقة الصيانة على الطرفين ، كل بنسبة ما يعود عليه من المنفعة » . ويستخلص من هذه النصوص أن مالك العقار المرتفق به لا يكون ملزماً في الأصل بالقيام بأي عمل لمصلحة العقار المرتفق ، ولا بأية نفقة . ومع ذلك يجوز استثناء أن يكون ملزماً : (أولاً) بالقيام بعمل إضافي يقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف ما لم يشترط غير ذلك . (ثانياً) بنفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه ، إذا اشترط عليه مالك العقار المرتفق ذلك وقبل الشرط . (ثالثاً) إذا كانت الأعمال نافعة للعقار المرتفق به ، ألزم مالك هذا العقار ، دون شرط ، بالمساهمة في نفقة هذه الأعمال بنسبة ما يعود على عقاره من المنفعة .

ففي جميع هذه الأحوال نرى أن مالك العقار المرتفق به يلتزم نحو مالك العمار المرتفق بأداء عمل أو المساهمة في نفقة . وهو يلتزم بذلك على أساس ملكيته للعقار المرتفق به ، أي بسبب هذه الملكية . ومادام مالكا للعقار المرتفق به فهو ملتزم ، فإذا انتقلت ملكية هذا العقار إلى غيره أصبح من انتقلت إليه الملكية هو الملتزم . فالالتزام هنا أيضاً مرتبط بملكية العقار المرتفق به ، ويدور مع هذه الملكية وجودا وعدما ، ومن ثم فهو التزام عيني .

٣ - تنص المادة ٨١٤ / ٢ مدني على ما يأتي : « فإذا لم يعد الحائط المشترك صالحاً للغرض الذي خصص له عادة ، فنفقة إصلاحه أو تجديده على الشركاء كل بنسبة حصته فيه » . فهنا أيضاً يلتزم الشريك في الحائط المشترك ، إذا احتاج الحائط إلى إصلاح أو تجديد ، بالمساهمة في النفقات بنسبة حصته في الحائط . وهو يلتزم بذلك على أساس ملكيته الشائعة في الحائط المشترك ، وبسبب هذه الملكية . ومادام شريكاً في الحائط فهو ملتزم ، فإذا انتقلت ملكيته إلى غيره أصبح من انتقلت إليه الملكية هو الملتزم . فالالتزام هنا إذن

مرتبط بملكية الحائض المشترك ، ويدور مع هذه الملكية وجودا وعدما ، ومن ثم فهو التزام عيني .

٤ - تنص المادة ١/١٠٦٠ مدني على أنه « يجوز للدائن المرتهن ، عند حلول أجل الدين ، أن ينزع ملكية العقار المرهون في يد الحائض لهذا العقار ، إلا إذا اختار الحائض أن يقضي الدين أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه » . ويفهم من هذا النص أن الحائض للعقار المرهون رهنا رسميا ملتزم بدفع الدين المضمون بالرهن ، لا على أساس أن التزاما شخصيا قد ترتب في ذمته ، بل على أساس ملكيته للعقار المرهون ، وبسبب هذه الملكية . ومادام مالكا للعقار المرهون فهو ملتزم ، فإذا انتقلت ملكية هذا العقار إلى غيره أصبح من انتقلت إليه الملكية هو الملتزم . فالالتزام هنا كذلك مرتبط بملكية العقار المرهون ، ويدور مع هذه الملكية وجودا وعدما ، ومن ثم فهو التزام عيني .

وتكفي هذه الأمثلة لتوضيح ما هو الالتزام العيني . فهو التزام يوافق الالتزام الشخصي ، من حيث أنه يجبر مدينا معيننا نحو دائن معين على أداء عمل معين . ولكنه يفارق الالتزام الشخصي ، ويوافق الحق العيني ، في خصائص ثلاث هامة :

أولا - يتركز الالتزام العيني في عين معينة بالذات ، ولا يتناول غيرها من أموال المدين . فهو ، على خلاف الالتزام الشخصي ، لا يكفله ضمان عام (gage commun) . على جميع أموال المدين ، ويقتصر في ضمانه على العين التي ترتب الالتزام بسببها .

ثانيا - وما دام الالتزام العيني لم يترتب إلا بسبب ملكية هذه العين ، فإنه يدور مع هذه الملكية وجودا وعدما كما قدمنا . فلا ينتقل إذن ، كما ينتقل الالتزام الشخصي ، إلى الخلف العام . بل ينتقل إلى من انتقلت إليه ملكية العين ، حتى لو انتقلت الملكية بالميراث ، فإن الوارث يصبح ملتزما ، لا باعتباره وارثا ، بل باعتباره مالكا للعين . ويتضح ذلك في الشريعة الإسلامية ، فإن الوارث باعتباره وارثا لا ينتقل إليه الالتزام الشخصي المترتب في ذمة مورثه ، بل يبقى هذا الالتزام في التركة ، إذ لا تركة إلا بعد سداد الديون . أما إذا كان الالتزام التزاما عيذا ، فإنه ينتقل إلى الوارث ، حتى لو كانت أحكام الشريعة الإسلامية هي التي تسري على الميراث .

ويتبين من هذا النص أن القانون يمد تقسيم الأشياء إلى عقار ومنقول من الأشياء المادية إلى الحقوق . والحقوق أشياء معنوية لا مادية ، وهي بهذا الوصف لا تقبل أن تكون عقارا أو منقولا . فالعقار هو الشيء المادى ذو المستقر الثابت بطبيعته كما سبق القول ، ولا يصدق هذا على الحق ، ولو كان هذا الحق هو حق الملكية الذى جرت العادة بخلطه بالشيء المادى ذاته الذى يقع عليه . وكذلك الحقوق لا تكون منقولة ، ولو كانت حقوق ملكية على منقولات تختلط بها ، فلا يزال التمييز قائما بين حق الملكية وهو شيء معنوى ، والشيء الذى يقع عليه حق الملكية وهو شيء مادى . ولكن المشرع ، تبعا لتقاليد قديمة ، قسم الحقوق المعنوية ذاتها إلى عقار ومنقول ، لا تبعا لطبيعتها بل تبعا لطبيعة المحل الذى تقع عليه ، ورتب على هذا التقسيم نتائج قانونية هامة .

وكان المشرع الفرنسى أسبق إلى تقسيم الحقوق إلى عقار ومنقول ، مراعيًا في ذلك تقاليد القانون الفرنسى القديم الذى كان لا يتقيد كما قدمنا في التقسيم إلى عقار ومنقول بطبيعة الشيء بل بأهميته . ومع أن المشروع الفرنسى أغفل كثيرا من التقاليد الإقطاعية التى ألغتها الثورة الفرنسية ، إلا أنه مع ذلك لم يصل بالتبسيط إلى نهايته ، فترك ثغرات بقي فيها الفقه والقضاء غير مستقرين مدة طويلة . فنص في المادة ٥٢٦ مدنى فرنسى على ما يأتى : « يعتبر عقارا بحسب المحل الذى يقع عليه : حق الانتفاع بالأشياء العقارية - حقوق الارتفاق - الدعاوى التى ترمى إلى استرداد عقار » . فجاء النص ناقصا مبتورا غامضا ، فهو لم يعدد كل الحقوق العقارية إذ أغفل حق الاستعمال وحق السكنى وحق الأمفيتوز ، ولم يبين ماذا يقصد بالدعاوى التى ترمى إلى استرداد عقار . ونص في المادة ٥٢٩ مدنى فرنسى على ما يأتى : « يعتبر منقولا بحكم تعيين القانون (ولم يستعمل التعبير الذى استعمله في العقار » بحسب المحل الذى يقع عليه » لغرض ظاهرة) : الالتزامات والدعاوى التى محلها مبالغ من النقود مستحقة أو منقولات ، والأسهم والحصص فى الشركات المالية والتجارية والصناعية حتى لو كانت هناك عقارات تابعة لهذه المشروعات وتملكها هذه الشركات . وتعتبر الأسهم والحصص منقولات بالنسبة إلى الشريك وحده طالما كانت الشركة باقية - وتعتبر أيضا منقولا بحكم تعيين القانون الإيرادات

عن شخصية الشركاء ، وهذه الشخصية من شأنها أن تغير من طبيعة الأسهم والحصص . ذلك أن مال الشركة لا يكون مملوكا للشركاء ، وإنما يملكه ذلك الشخص المعنوي الذي تتمثل فيه الشركة ، ويكون بالنسبة إلى الشركة عقارا أو منقولا بحسب طبيعته على التفصيل الذي بسطناه فيما تقدم . أما الشركاء فليس لهم حق ملكية على مال الشركة ، وإنما يملكون أسهما أو حصصا تمثل أنصبتهم في أرباح الشركة وفي خسائرها مادامت الشركة قائمة ، وتمثل أنصبتهم في مال الشركة بعد حلها وصيرورة هذا المال مملوكا مباشرة للشركاء . وهذه الأسهم والحصص ليست إلا حقوقا شخصية للشريك قبل الشركة ، ومادامت حقوقا شخصية فهي أموال منقولة ، حتى لو كانت أموال الشركة كلها أموالا عقارية .

ويترتب على أن السهم أو الحصة في الشركة هو حق شخصي منقول نتائج تذكر منها :

- ١ - أن صاحب السهم أو الحصة إذا تصرف فيه ، فإنما هو يتصرف في منقول لا في عقار . ويراعى ذلك في تحديد أهليته للتصرف ، أو في تحديد مدى ولايته إذا كان وليا على صاحب السهم أو الحصة .
- ٢ - تم هبة الأسهم والحصص بالقبض ، دون حاجة إلى ورقة رسمية ، لأن الأسهم والحصص أموال منقولة لا أموال عقارية .
- ٣ - يستطيع الولي أن يشتري أسهما أو حصصا من شركات يكون فيها محجوره شريكا ، دون أن يعتبر متعاقدا مع محجوره بما يستتبع ذلك من إجراءات قررها القانون ، لأنه إنما يتعاقد مع الشركة لا مع المحجور .
- ٤ - الأسهم والحصص لا يحجز عليها حجز العقار ولو كانت أموال الشركة عقارا ، وإنما يحجز عليها حجز المدين لدى الغير ، أو حجز المنقول إذا كانت لحاملها .

٥ - إذا أوصى شخص لشخص آخر بمنقولاته ، دخل في هذه المنقولات ما عسى أن يكون للموصي من أسهم وحصص في الشركات .

٦ - إذا كان في مال الشركة عقار ، لم يجوز للشريك أن يرهنه رهنا رسميا كما لا يجوز لدائنه أن يأخذ عليه حق اختصاص . والشركة وحدها هي التي تستطيع رهن العقار ويستطيع دائنها أن يأخذ على العقار حق اختصاص ، لأن

وبلاحظ أن نقض القسمة للغبن مقصور على القسمة الاتفاقية ، أما القسمة القضائية فلا يجوز الطعن فيها بالغبن إذ المفروض أن هذه القسمة قد أحيطت بالضمانات الواجبة التي يكون من شأنها رفع الغبن عن المتقاسمين وكفالة المساواة فيما بينهم^(١) . ويخالف التقنين المدني الفرنسي (م ٨٨٧ - ٨٨) التقنين المدني المصري في ذلك ، فالتقنين الفرنسي يبيح نقض القسمة للغبن ، ولو كانت قسمة قضائية .

٥٤٦ - الغبن في ذاته عيب في عقد القسمة يميز نقضها : إذا وقع في القسمة غبن بالمقدار الذي حدده القانون ، فهذا في ذاته عيب يجعل عقد القسمة قابلاً للنقض ، أي قابلاً للإبطال . وليس من الضروري أن يصبح الغبن تدليس أو غلط ، كما أنه ليس من الضروري أن يكون الغبن نتيجة لاستغلال طيش بئس أو هوى جامح في الشريك المغبون . فالغبن وحده كافٍ لجعل عقد القسمة قابلاً للإبطال ، بناء على طلب الشريك المغبون . ويترتب على ذلك أن للشريك المغبون أن يميز عقد القسمة الذي وقع فيه الغبن ، فيصبح

= قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٩٤٧ : لا يجوز إبطال القسمة ، سواء أكانت اتفاقية أم قانونية أم قضائية ، إلا بسبب الغلط أو الإكراه أو الخداع أو الغبن .
م ٩٤٩ : إن إبطال القسمة للأسباب التي عينها القانون يرجع كلا من المتقاسمين إلى الحال التي كان عليها من الوجهة القانونية والعمالية عند حصول القسمة ، مع مراعاة الحقوق التي اكتسبها شخص ثالث حسن النية وفقاً للأصول ومقابل بدل - ويجب أن تقام دعوى الإبطال في السنة التي تلي القسمة ، ولا تقبل بعد انقضائها .

م ٢١٤ : إن الغبن لا يفسد في الأساس رضا المغبون . ويكون الأمر على خلاف ذلك ويصبح العقد قابلاً للبطلان في الأحوال الآتية : أولاً - إذا كان المغبون قاصراً . ثانياً - إذا كان المغبون راشداً وكان للغبن خاصتان ، الأولى أن يكون فاحشاً وشاذاً عن العادة المألوفة ، والثانية أن يكون المستفيد قد أراد استثمار ضيق أو طيش أو عدم خبرة المغبون . ويمكن ، إلى الدرجة المبينة فيما تقدم ، إبطال عقود الفرز نفسها بسبب الغبن .

(ويتبين من مجموع هذه النصوص أن القانون اللبناني لا يميز نقض القسمة للغبن إلا إذا كان الشريك قاصراً ، أما إذا كان بالغاً فيشترط لنقض القسمة أن يكون الغبن فاحشاً وأن يكون قد استغل في الشريك المغبون ضيق أو طيش أو عدم خبرة : وترفع دعوى الغبن في القسمة في خلال سنة من تمامها) .

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « أما القسمة القضائية فلا تقبل فيها دعوى الغبن ، لأن المفروض في هذه القسمة أن كل الاحتياطات قد اتخذت لمنع الغبن (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٨) .

العقد بعد الإجازة غير قابل للنقض^(١) . وتكون هناك إجازة ضمنية إذا نفذ الشريك المغبون عقد القسمة. تنفيذاً اختيارياً بعد علمه بالغبن الذى لحق به ، كأن دفع المعدل الذى التزم بدفعه أو تسلمه إذا كان هو الدائن به ، أو تسلم المال المفروز الذى وقع فى نصيبه راضياً ولو لم تنقض السنة التى يجب أن يرفع فى خلالها دعوى الغبن ، أو تصرف فى هذا المال المفروز بالبيع أو الهبة أو الرهن أو نحو ذلك من التصرفات الدالة على الرضاء بما قسم له والنزول عن دعوى النقض للغبن .

والغالب فى العمل أن يكون الغبن قد وقع نتيجة لغلط فى قيمة الشيء ، وعندئذ يكون عقد القسمة قابلاً للإبطال للغلط إذا توافرت شروطه ، وكذلك قابلاً للنقض إذا توافرت شروط الغبن . أما الخطأ فى الحساب (erreur de calcul) ، فلا يكون سبباً للإبطال للغلط ، ولا للنقض للغبن ، ولكن يجب تصحيحه ولو كان الغبن الذى ترتب عليه الخمس أو أقل^(٢) . وقد يقع الغبن دون أن يكون هناك غلط أو تدليس أو إكراه ، كما إذا استحق جزء من المال الذى وقع فى نصيب أحد الشركاء ، فيصبح الجزء الباقى أقل من أربعة أخماس ما يستحقه هذا الشريك . فعند ذلك يستطيع الشريك المغبون أن يرجع على باقى الشركاء بالغبن ، حتى لو كان سبب الاستحقاق قد استبعد فى عقد القسمة من أن يكون سبباً للرجوع بالضمان^(٣) .

ويجوز نقض القسمة للغبن ، ولو نشأ الغبن من أن أحد الشركاء فرض عليه أن يدفع معدلاً لشريك آخر فتبين أنه معسر وقت القسمة ، وترتب على إعساره أن لحق غبن بالمقدار الذى حدده القانون الشريك الدائن بهذا المعدل كذلك يجوز للوارث الذى وقع فى نصيبه دين للتركة ، وتبين أن المدين كان معسراً منذ القسمة ، أن ينقض القسمة للغبن إذا ترتب على إعسار المدين أن لحق الوارث غبن بالمقدار الذى حدده القانون^(٤) .

(١) ولا يعتبر الشريك المغبون يراً لعقد القسمة إذا هو نزل ، فى عقد القسمة نفسه ، عن حقه فى نقضه للغبن (بودرى وقال فى المواريث ٣ فقرة ٣٥٦٧) .

(٢) بودرى وقال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤٤١ ص ٧٤١ .

(٣) ديمولومب ١٧ فقرة ٣٥١ وفقرة ٣٦٣ - بودرى وقال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤٤٣ - عكس ذلك لوران ١٠ فقرة ٤٤٧ وفقرة ٤٥٥ .

(٤) بودرى وقال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤٤٤ .

ولكن لا يجوز نقض القسمة للغبن إذا كان الشريك يعلم وقت القسمة بالغبن ، وقد رضى به وفاء لالتزام طبيعى فى ذمته لشريك آخر ، أوهبة منه لهذا الشريك (١) .

٥٤٧ - مقدار الغبن وكيفية مساير : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٨٤٥ مدنى تنص على أنه « يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضى إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس ، على أن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة » . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٨٤٥ مدنى يشترط فى الغبن أن يزيد على الربع لا على الخمس ، وذلك أسوة بمقدار الغبن فى القسمة فى القانون المرنسى . ولكن لجنة المراجعة عدلت مقدار الغبن إلى الخمس أسوة بالغبن فى بيع عقار القاصر ، ولأن الخمس هو المقدار المألوف فى الغبن فى الشريعة الإسلامية (٢)

ولمعرفة ما إذا كان قد وقع غبن فى القسمة ، يجب تقدير المال الشائع محل القسمة ، وتقدير نصيب كل من الشركاء فى هذا المال . وتقدر قيمة المال الشائع بواسطة خبير عند الاقتضاء ، ولا يعتد بالتقدير الوارد فى عقد القسمة (٣) ثم تقدر قيمة نصيب كل شريك فى هذا المال الشائع . فإذا فرضنا أن قدرت قيمة المال الشائع بمبلغ ٥٠٠٠ جنيه . وكان هناك شركاء خمسة بحصص متساوية كان الواجب أن تكون قيمة النصيب المقرز لكل شريك ١٠٠٠ جنيه ، ويجب حتى يعتبر الشريك مغبونا فى هذه القسمة ، أن تنزل قيمة المال المقرز الذى وقع فى نصيبه عن أربعة الأخماس حتى يكون مغبونا فى أكثر من الخمس ، أى يجب أن تكون قيمة المال الذى وقع فى نصيبه أقل من ٨٠٠ جنيه . أما إذا كانت هذه القيمة ٨٠٠ جنيه أو أكثر ، فإنه لا يجوز له أن ينقض القسمة للغبن . فإذا فرضنا أن أربعة من خمسة الشركاء كانت قيمة نصيب كل منهم ٨٠٠ جنيه ، فيكون مجموع أنصبة الأربعة ٣٢٠٠ جنيه ، وأخذ الشريك

(١) بودرى وقال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤٤٢ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٥٤٥ ص ٨٩٩ هامش ٢ .

(٣) ديمولومب ١٧ فقرة ٤١٨ - لوران ١٠ فقرة ٤٩٩ - بودرى وقال فى المواريث ٣

فقرة ٣٤٥٠ .

الخامس الباقي أى أخذ ١٨٠٠ جنيه ، فبالرغم من التفاوت الكبير بين نصيب الشريك الخامس نصيب كل من الشركاء الأربعة لا يجوز لأى من الشركاء الأربعة أن يطلب نقض ونصيب كل للغبن ، لأن الغبن الذى أصاب كلا من الشركاء الأربعة لا يزيد على الخمس (١) .

والعبرة فى التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة . فيعتد بوقت القسمة فى تقدير قيمة المال الشائع ، وفى تقدير قيمة نصيب كل من الشركاء . فإذا كانت قيمة نصيب أحد الشركاء وقت القسمة هى مبلغ معين ، فلا يعتد بأى أمر يحدث بعد القسمة ويزيد من هذه القيمة كتحسن الصقع ، أو ينقص منها كانهخفاض أسعار الأوراق المالية أو إعسار شريك فى ذمته معدل لشريك آخر إذا كان هذا الإعسار قد حدث بعد القسمة لا وقتها .

ويعتبر الشريك مغبوناً إذا كان مجموع ما أصابه من الغبن يزيد على الخمس كما قدمنا ، فلا يعتد بما لحقه من الغبن فى كل عين من الأعيان التى وقعت فى نصيبه . فلو وقع فى نصيب أحد الشركاء دار قيمتها الحقيقية ١٠٠٠ جنيه لكنها قدرت بمبلغ ١٥٠٠ جنيه فكان مغبوناً فى هذه الدار بمقدار ٥٠٠ جنيه ، ووقع فى نصيبه أيضاً أرض قيمتها الحقيقية ١٢٠٠ جنيه ولكنها قدرت بمبلغ ١٠٠٠ جنيه ، فإن ما كسب فى الأرض وهو ٢٠٠ جنيه يستنزل مما خسر فى الدار وهو ٥٠٠ جنيه . ويكون ما لحقه من الغبن هو ٣٠٠ جنيه فقط ، فإن كان هذا المقدار لا يزيد على الخمس لم يستطع الشريك أن ينقض القسمة للغبن .

٥٤٨ - أنواع القسمة التى يجوز فيها النقض للغبن : قدمنا (٢) أن

نقض القسمة للغبن إنما يكون فى القسمة الاتفاقية دون القسمة القضائية .
وأية قسمة اتفاقية يجوز فيها نقض العقد للغبن على الوجه الذى بسطناه .
فيجوز نقض القسمة للغبن ، إذا كانت القسمة الاتفاقية قسمة عينية ، بمعدل أو بغير معدل ، قسمة كلية أو قسمة جزئية . وكذلك يجوز النقض للغبن ، حتى لو تمت القسمة الاتفاقية بطريق التصفية ، والذى يعتد به هنا ليس هو الغبن الذى يقع فى بيع المال الشائع إذا كان المشتري أجنبياً ، وإنما هو الغبن

(١) بودرى وثال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤٤٧ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٤٥ .

في قسمة الثمن بين الشركاء . ولكن إذا كان المشتري في قسمة التصفية هو أحد الشركاء ، فإنه يعتا بالغبن الذي يقع في البيع ، لأن البيع في هذه الحالة يعتبر قسمة كما قدمنا . فإذا بيع المال الشائع لأحد الشركاء بأقل من أربعة أخماس القيمة ، وقسم الثمن بين الشركاء فكان نصيب كل منهم — فيما عدا الشريك المشتري — أقل من أربعة أخماس القيمة الحقيقية ، كان لكل من هؤلاء الشركاء طلب نقض القسمة للغبن .

وإذا تجزأت القسمة إلى عدة عقود وقع كل عقد منها على جزء من المال الشائع ، فإن الغبن ينظر فيه إلى مجموع هذه العقود لا إلى كل عقد على حدة . فلو غبن أحد الشركاء في بعض هذه العقود ، ولكنه في العقود الأخرى نال نصيباً أكثر مما يستحق بحيث إن الغبن الذي لحقه في مجموع العقود لا يزيد على الخمس ، فإنه لا يحق له طلب نقض القسمة للغبن ، أما إذا كان الغبن يزيد على الخمس ، فإنه يجوز له نقض العقود جميعها ، ما زاد الغبن فيه على الخمس وما لم يزد ، لأن هذه العقود تعتبر مراحل متعاقبة في قسمة كلية واحدة . وقد تأخذ القسمة الاتفاقية صورة عقد بيع أو عقد مقايضة أو عقد صلح أو غير ذلك من العقود ، وفي جميع هذه الأحوال يعتد بحقيقة العقد لا بصورته ، فيكون عقد قسمة اتفاقية يجوز فيها نقض القسمة للغبن .

ولكن إذا كان العقد الذي يراد به القسمة هو عقد احتمالي ، لم يجز نقضه ، إذ أن العقود الاحتمالية تأتي طبيعتها أن تنقض للغبن . فلو أن داراً شائعة بين شريكين قسمت بينهما على أن تخلص ملكية الدار لأحد الشريكين ، ويرتب هذا الشريك للشريك الآخر إيراداً مرتباً طول الحياة في مقابل حصته في الدار ، أو يرتب له على الدار كلها حق انتفاع يبقى مدى حياة المنتفع ، فإن عقد ترتيب الإيراد المرتب مدى الحياة أو عقد ترتيب حق الانتفاع مدى الحياة عقد احتمالي ، ومن ثم لا يجوز الطعن في هذه القسمة بالنقض للغبن .

٥٤٩ — دعوى نقض القسمة للغبن : فإذا ما تحقق الغبن في القسمة

الاتفاقية على النحو الذي بسطناه ، جاز رفع دعوى نقض القسمة ، حتى لو كان المال المقسوم منقولاً ، بخلاف البيع فيشترط لجواز الطعن فيه للغبن أن يكون البائع غير متوافر الأهلية وأن يكون المبيع حقاراً .

والمدعى فى هذه الدعوى هو الشريك الذى لحقه الغبن ، فإذا كان بعض الشركاء قد لحق بهم غبن دون بعض آخر ، فلا يستطيع الشريك الذى لم يلحقه غبن رفع الدعوى . وتنتقل دعوى الغبن من الشريك الذى لحقه الغبن إلى وارثه ، فيجوز للوارث بعد موت مورثه أن يرفع الدعوى أو أن يواصل السير فيها . ويجوز كذلك لدائن الشريك الذى لحقه الغبن أن يرفع الدعوى باسم مدينه ، طبقاً للقواعد المقررة فى الدعوى غير المباشرة .

والمدعى عليه فى دعوى الغبن هم سائر الشركاء ، لأن دعوى الغبن ترمى إلى إبطال القسمة الاتفاقية ، وهذه قد تمت بترضى جميع الشركاء .

وتنص الفقرة الثانية من المادة ٨٤٥ مدنى ، كما رأينا ، على أنه « يجب أن ترفع الدعوى فى خلال السنة التالية للقسمة » . ونظير ذلك ما رأيناه فى دعوى الغبن للاستغلال من أنها هى أيضاً يجب أن ترفع فى « خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة » (م ٢/١٢٩ مدنى) . فالسنة فى الحالتين ميعاد إسقاط (délai de déchéance) ، لا مدة تقادم (délai de prescription) ، وذلك بخلاف المدة التى يجب أن ترفع فى خلالها دعوى الغبن فى بيع عقار غير متوافر الأهلية فالنص صريح فى أن المدة هى مدة تقادم إذ تنص المادة ٤٢٦ / ١ مدنى على أن « تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذى يموت فيه صاحب العقار المبيع » . ومن ثم تكون السنة التى يجب أن ترفع فى خلالها دعوى نقض القسمة للغبن هى ميعاد لرفع الدعوى ، لا مدة للتقادم . وتبدأ السنة من وقت تمام عقد القسمة الاتفاقية ، وتحسب بالتقويم الميلادى (م ٣ مدنى) . فإذا انقضت السنة ، سواء علم الشريك المغبون بالغبن أو لم يعلم ، دون أن يرفع هذا الشريك دعوى نقض القسمة ، ورفعها بعد ذلك ، كانت الدعوى غير مقبولة . والفرق بين ميعاد الإسقاط الذى نحن بصدده ومدة التقادم أن ميعاد الإسقاط لا ينقطع ولا يقف ، بخلاف مدة التقادم فيرد عليها الانقطاع والوقف . وعبء إثبات الغبن الذى يزيد على الخمس يقع على عاتق المدعى ، أى الشريك المغبون ، وله أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات ومنها البينة والقرائن لأنه إنما يثبت واقعة مادية . والغالب فى العمل أن تعين المحكمة خبيراً لتقدير

قيمة المال الشائع وقت القسمة ، ولتقدير قيمة المال المفروز الذى وقع فى نصيب الشريك المغبون وقت القسمة أيضاً ، وبمقارنة هاتين القيمتين يمكن معرفة ما إذا كان الشريك قد لحقه غبن يزيد على الخمس بالنظر إلى مقدار حصته فى المال الشائع قبل القسمة .

ومتى ثبت للقاضى وقوع غبن للمدعى يزيد على الخمس ، على النحو الذى بسطناه ، فإنه يتعين عليه أن يقضى بنقض القسمة ، أى بإبطالها . ففى دعاوى الإبطال ، على خلاف دعاوى الفسخ ، لا يملك القاضى سلطة تقديرية ويتحتم عليه أن يقضى بإبطال العقد متى تحقق سبب الإبطال .

٥٥٠ — الآثار التى ترتب على نقض القسمة للغبن : إذا نقضت القسمة الاتفاقية للغبن ، بطلت واعتبرت كأن لم تكن . وعادت حالة الشروع التى كانت قد زالت بالقسمة قبل إبطالها ، واعتبر المال المملوك للشركاء شائعاً بينهم منذ بدأ الشروع وكأنه لم ينقطع . فيجوز إذن لأي شريك أن يطلب القسمة من جديد ، سواء فى ذلك الشريك المغبون الذى نقض القسمة أو أى شريك آخر لم يطلب نقضها . ويجوز أن تكون القسمة الجديدة قسمة اتفاقية كما كانت أول مرة وعندئذ يجوز نقضها هى أيضاً للغبن على الوجه الذى بيناه ، كما يجوز أن تكون قسمة قضائية وعندئذ لا يجوز نقضها للغبن .

ونقض القسمة للغبن له أثر رجعى كما قدمنا ، فتسقط تصرفات الشركاء فى الأموال المفروزة التى وقعت فى نصيبهم نتيجة للقسمة ، وتعود هذه الأموال خالية من الحقوق التى ترتبت للغير طبقاً للقواعد المقررة فى شأن أثر إبطال العقد فى التصرفات الصادرة للغير . أما أعمال الإدارة فتبقى محتفظة بأثرها حتى بعد نقض القسمة ، وذلك وفقاً للقواعد المقررة فى هذا الشأن .

٥٥١ — تقاضى نقض القسمة بإكمال نصيب الشريك المغبون :

قدمنا (١) أن المادة ٢/٨٤٥ مدنى تنص فى شأن دعوى الغبن على أن « للمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقداً أو عيناً ما نقص من حصته » .

ويلاحظ أن هناك حالتين أخريين يناظران تفادى نقض القسمة بإكمال نصيب الشريك المغبون . (الحالة الأولى) حالة الغبن عن طريق الاستغلال ، ففيها يجوز للمتعاقد المغبون أن يطلب إبطال العقد أو إنقاص التزاماته . وإنقاص الالتزامات هنا ليس ضرورياً أن يكون بحيث يرفع أى غبن عن المتعاقد المغبون ، بل يكفي أن يرفع عنه الغبن الفاحش^(١) . وكذلك يجوز للمدعى عليه في عقود المعاوضة أن يتوقى دعوى الإبطال « إذا عرض ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن » (م ١٢٩ / ٣ مدنى) . ولا يشترط أن تكون الزيادة التى يعرضها المدعى عليه لتوقى دعوى الإبطال « بحيث تجعل الثمن معادلاً لقيمة الشئ » ، بل يكفي أن تكون بحيث تجعل الغبن الذى يتحمله البائع لا يصل إلى حد الغبن الفاحش^(٢) . (والحالة الثانية) حالة الغبن في بيع عقار من لا تفر فيه الأهلية ، فقد نصت المادة ٤٢٥ / ١ مدنى على أنه « إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية ، لقد نصت المادة ٤٢٥ / ١ مدنى على أنه « إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس ، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل » .

ففي الحالتين المتقدمتين الذكر من حالات الغبن ، لا يعوض الطرف إلا بما يرفع عنه الغبن الفاحش ، وهو عادة ما يزيد على الخمس فيكون أن يرتفع الغبن بحيث يصبح غير زائد على الخمس ، وليس من الضروري أن يرتفع الغبن بتاتا . أما في الحالة التى نحن بصدددها ، وهى حالة نقض القسمة للغبن ، فلا يكفي ذلك ، بل يجب إكمال الشريك المغبون ، نقداً أو عيناً ، ما نقص من حصته . فيجب إذن ، لتفادى دعوى نقض القسمة ، رفع الغبن بتاتا عن الشريك المغبون ، وإعطائه ما يجعل قيمة نصيبه في القسمة يعادل تماماً حصته الشائعة دون نقص . والسبب في ذلك أن البيع وأمثاله من العقود تعتبر من عقود المضاربة ، يحتمل فيها الغبن ويتسامح فيه إلى حد معين . أما القسمة فليست من عقود المضاربة ، بل هى عقد يقوم في أساسه على المساواة ما بين المتقاسمين ، فإذا اختلفت هذه المساواة اختلف العقد . وإذا كان القانون قد تسامح في غبن لا يزيد على الخمس في بداية الأمر حتى لا تثار المنازعات

(١) الوسيط ١ فقرة ٢١١ .

(٢) الوسيط ١ فقرة ٢١٠ .

لأقل غبن يصيب الشريك ، فإنه تشدد متى زاد الغبن على الخمس فأوجب إكمال نصيب الشريك بما يساوى حصته تماما ، ولم يكتف بإبلاغ نصيب الشريك إلى أربعة الأخماس كما اكتفى في الاستغلال وفي بيع عقار غير كامل الأهلية ، وحساب ما نقص من حصة الشريك المغبون يعتد فيه بوقت القسمة ، لا بوقت الدفع ، ويجب أن يضاف إلى ذلك ثمرات هذا الجزء الناقص أو فوائده من وقت القسمة إلى وقت الدفع ، حتى يكون تعويض الشريك المغبون كاملا .

وإكمال نصيب الشريك المغبون على هذا النحو يصح أن يكون نقداً أو عينا . فالنقد يكون بدفع مبلغ من النقود يساوى ما نقص من حصة الشريك المغبون على الوجه الذى سبق بيانه ، وقد يكون الإكمال عينا بأن يدفع إلى الشريك المغبون جزء من المال المقسوم عينه يكمل حصته . والخيار بين الدفع نقداً أو الدفع عينا يكون للمدين ، أى للمدعى عليه فى دعوى نقض القسمة للغبن . فإذا عرض المدين الدفع نقداً وقبله الشريك المغبون ، فلا يصح للمدين بعد ذلك العدول عن الدفع نقداً إلى الدفع عينا . والعكس صحيح ، إذا عرض المدين الدفع عينا وقبله الشريك المغبون ، لم يجوز للمدين بعد ذلك العدول إلى الدفع نقداً . ويجوز للمدعى عليه عرض إكمال حصة المدعى فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، وأمام محكمة الاستئناف لأول مرة . بل يجوز له العرض حتى بعد صدور حكم نهائى بنقض القسمة للغبن ، وذلك إلى وقت إجراء قسمة جديدة ، فيمنع المدعى عليه تمام إجراء هذه القسمة الجديدة بعرضه إكمال حصة المدعى مضافا إلى ذلك المصروفات التى تكبدها هذا الأخير بسبب البدء فى إجراء القسمة الجديدة . ويظهر ذلك من عبارة النص ، إذ تقول المادة ٢/٨٤٥ مدنى فى شأن دعوى الغبن ، كما رأينا (١) ، أن « للمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد .. » . فمنع القسمة من جديد هو الغرض الذى يهدف إليه المدعى عليه من عرضه إكمال حصة المدعى ، فيجوز له هذا العرض إلى ما قبل إتمام هذه القسمة (٢) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٤٥ .

(٢) انظر فى هذا المعنى ديملوب ١٧ فقرة ٤٥٩ - بودرى وثال فى المواريث ٣ فقرة

٣٥٥٥ - محمد على عرفة فقرة ٣٣٥ ص ٤٥٣ .

وإذا تعدد المدعى عليه ، وهذا ما يقع كثيراً في العمل ، فلا بد من أن يتفق هؤلاء جميعاً على مبدأ إكمال حصة المدعى نقداً أو عيناً . فإذا اتفقوا على ذلك ، واختلفوا في مقدار ما يرد إلى المدعى ، توالت المحكمة الفصل في ذلك . أما إذا لم يتفقوا على مبدأ الإكمال نفسه ، فإن من لم يوافق من الشركاء على الإكمال لا يلتزم به . وإذا دفع الشركاء الذين وافقوا على الإكمال ما يكمل نصيب الشريك المغبون كله ، لم يرجعوا على من لم يوافق من الشركاء بشيء^(١) ، ويجوز لدائني المدعى عليهم التدخل في دعوى نقض القسمة للغبن ، وعرض إكمال حصة الشريك المغبون نيابة عن مدينهم^(٢) .

المطلب الثاني

القسمة القضائية

٥٥٢ - متى يجب أنه يكون القسمة قضائية : يجب أن تكون القسمة

قضائية في حالتين :

(الحالة الأولى) إذا لم تجمع آراء الشركاء على إجراء قسمة اتفاقية ، وأراد أحدهم الخروج من الشروع ، فليس أمامه إلا أن يلجأ إلى القسمة القضائية ، فيرفع دعوى القسمة (م ٨٣٦ / ١ مدني) على التفصيل الذي سنورده فيما يلي .
(الحالة الثانية) إذا انعقد إجماع الشركاء على إجراء قسمة اتفاقية ، ولكن كان فيهم من هو غير كامل الأهلية أو غائب . فقد رأينا أنه يستخلص من المادتين ١ / ٤٠ و ٧٩ من قانون الولاية على المال وجوب أن تكون القسمة قضائية في فرضين : (الفرض الأول) أن يستأذن الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب المحكمة في إجراء قسمة اتفاقية ، فلا تأذن المحكمة ، وعندئذ يتعين أن تكون القسمة قضائية . (الفرض الثاني) أن تأذن المحكمة مبدئياً في إجراء قسمة اتفاقية ، وعندما يعرض عليها عقد القسمة للتثبيت من عدالته لا تقره ، وتقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية^(٣) .

(١) ديمولومب ١٧ فقرة ٤٦٩ و فقرة ٤٧١ - هيك ٥ فقرة ٤٧١ - بودري وقال في المواريث ٣ فقرة ٣٥٥٦ .

(٢) ديمولومب ١٧ فقرة ٤٦١ - بودري وقال في المواريث ٣ فقرة ٣٥٥٧ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٥٤٣ - وإذا سير في إجراءات القسمة القضائية لما تم يحول دون =

٥٥٣ - قسم المهاداة التي تسبق القسم النهائية - إمامة : ويحدث أن يتفق الشركاء ، في أثناء إجراءات القسم القضائية ، على قسم المال الشائع بينهم قسم مهاداة تظل نافذة إلى أن تم القسم القضائية . بل يجوز ، إذا لم يتفق الشركاء على قسم المهاداة هذه ، أن يطلب أحد الشركاء ، في أثناء إجراءات القسم القضائية ، من القاضي الجزئي المختص بإجراء هذه القسم أن يأمر بقسم المهاداة إلى أن تم القسم القضائية . فيأمر بها القاضي ، وقد يستعين بخبير عند الاقتضاء ، ويغلب أن يكون هذا الخبير هو نفس الخبير الذي يقوم بإجراءات القسم القضائية . وقد نصت على كل ذلك المادة ٨٤٩ مدني فيما قدمناه^(١) ، وسبق لنا بحيث هذه المسألة تفصيلا فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك^(٢) .

٥٥٤ - دعوى القسم : والقسم القضائية تكون في صورة دعوى تسمى بدعوى القسم^(٣) . ونبحث في صدد هذه الدعوى مسألتين : (١) الخصوم والمحكمة المختصة . (٢) قسم التصفية والقسم العينية .

§ ١ - الخصوم والمحكمة المختصة

٥٥٥ - الخصوم في دعوى القسم - نص قانوني : تنص المادة ١/٨٣٦ مدني على ما يأتي :

« إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع ، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقي الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية »^(٤) .

القسم الاتفاقية ، ثم زال المانع كأن اتفق الشركاء بعد أن كانوا مختلفين أزال الحجر عن الشريك المجهور ، جاز للشركاء أن يعدلوا عن القسم القضائية إلى القسم الاتفاقية (أوبى ورو ٦٠ - فقرة ٦٢٣ ص ١٥٤ - ص ١٥٥) .

(١) انظر آتفا فقرة ٤٩١ .

(٢) انظر آتفا فقرة ٤٩٤ .

(٣) ودعوى القسم لا تسقط بالتقادم . وقد نصت المادة ٨٤٣ من قانون الموجبات والعقود البناني على أنه « لا يسرى حكمه » ور الزمن على دعوى طلب القسم » .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١/١٢٠٤ من المشروع التمهيدي على الوجه

الآتي : « أما إذا اختلف الشركاء ، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقي الشركاء »

ويتبين من هذا النص أنه يجوز لأى شريك ، إذا لم يجمع الشركاء على المقسمة الاتفاقية ، أن يرفع دعوى القسمة ، فيكون هو المدعى . ويجب أن يرفع المدعى على سائر الشركاء ، فيدخلون جميعا خصوما في دعوى القسمة (١) .

= بالحضور أمام المحكمة الجزئية التى تقع في دائرتها العقارات أو أكبرها قيمة ، وإن كان المراد قسمته منقلا فأمام المحكمة الجزئية التى يقع في دائرتها موطن أحد المدعى عليهم . وفي لجنة المراجعة حذف الشق الأخير من النص ، فأصبح النص مطابقا لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، وصا . رقمه ١/٩٠٧ في المشروع النهائى - ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١/٩٠٥ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١/٨٣٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠٦ - ص ١٠٨) .

ويقابل النص في التقنين المدنى السابق م ٥٤٩/٤٥٢ : أما إذا كانوا مختلفين في رأى ، أو كان أحدهم ليس فيه أهلية التصرف في حقوقه ، فعلى من أراد منهم القسمة أن يكلف بالحضور باقى شركائه أمام محكمة المواد الجزئية التابع إليها مركز الشركة أو موقع العقار أو أمام المحكمة التابع لها محل أحد الشركاء إذا كان المراد قسمته منقولا ، وأن يطلب من المحكمة تعيين واحد أو أكثر من أهل الخبرة لأجل التقويم وتعيين الحصص .

(والتقنين المدنى السابق يتفق مع التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن التقنين السابق كان يوجب أن تكون القسمة قضائية إذا وجد بين الشركاء من هو غير كامل الأهلية أو غائب) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ١/٧٩٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٤٥ : إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع ، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يقيم دعوى القسمة وفقا لنصوص قاذون المرافعات المدنية . (والنص في مجموعه يوافق نص التقنين المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ١/١٠٧٢ : إذا لم يتفق الشركاء على القسمة ، أو كان بينهم محجور ، فللشريك الذى يريد الخروج من الشيوع مراجعة محكمة الصلح لإزالته . (ونص التقنين العراقى يوافق نص التقنين المصرى ، فيما عدا أن التقنين العراقى يوجب أن تكون القسمة قضائية إذا كان بين الشركاء محجور) .

قانون الماء جبات والعقود اللبنانى م ٩٤٢ : إذا قام نزاع ، أو كان أحد الشركاء لا يملك حرية التصرف في حقوقه ، أو كان بينهم شخص غائب ، جاز للشريك الذى يرغب في الخروج من الشيوع أن يطلب من المحكمة إجراء القسمة وفقا للقانون .

(والتقنين اللبنانى يتفق مع التقنين المصرى ، فيما عدا أن التقنين اللبنانى يوجب أن تكون القسمة قضائية إذا وجد بين الشركاء محجور أو غائب) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن التمسك الصادر في دعوى القسمة هو حكم يؤثر في الملكية وتترتب عليه حقوقه . إذن فنير شديد القول بأن دعوى القسمة هى مجرد دعوى إجراءات لا تأثير لصفات الخصوم فيها (نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة المكتب الفنى في خمسة وعشرين عاما جزء ٢ ص ٨٨٣) . وقضت أيضا بأن الشريك في ملك شائع الذى يتصرف في حصته الشائعة =

وإذا رفعت دعوى القسمة على بعض الشركاء دون بعض ، جاز بعد ذلك إدخال من لم يدخل في الدعوى^(١) ، وجاز لهؤلاء أن يتدخلوا في الدعوى من تلقاء أنفسهم ، وجاز للمحكمة أن تأمر بإدخالهم من تلقاء نفسها .
وإذا صدر الحكم في دعوى القسمة دون أن يكون جميع الشركاء قد دخلوا خصوما في الدعوى ، لم يكن الحكم حجة على من لم يدخل . ولكن ليس للشركاء الذين دخلوا خصوما أن يدفعوا الدعوى بعدم قبولها ، لأن الشريك الذي لم يدخل خصما هو وحده الذي يستطيع أن يتمسك بعدم نفاذ الحكم في حقه^(٢) .

وإذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة لأجنبي ، حل المشتري محل الشريك وأصبح شريكا في الشيوع مع سائر الشركاء ، ونخرج الشريك البائع من عداد الشركاء . ويترتب على ذلك أن المشتري ، وقد أصبح شريكا في الشيوع ، هو الذي له أن يرفع دعوى القسمة ، وهو الذي يختصم فيها ، دون الشريك البائع^(٣) . أما إذا اشترى الأجنبي جزءا مفرزا من المال الشائع ، فإن هذا للشراء لا ينفذ في حق سائر الشركاء كما سبق القول^(٤) ، ومن ثم لا يعتبر المشتري للجزء المفروز شريكا في الشيوع ، فلا يجوز له رفع دعوى القسمة ولا يصح اختصاصه فيها^(٥) .

== بعد رفع دعوى القسمة لا يعتبر مثلا للمشتري منه ، متى سجل هذا الأخير عقد شرائه وانتقلت إليه بذلك ملكية الحصة المباعة قبل انتهاء إجراءات القسمة (نقض مدني ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٦٣) .

(١) استئناف تملط ٢٤ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٥١ .
(٢) نقض مدني ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٥ م موعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٠٩ ص ١٥٢٧ .
(٣) وإذا كان الماء الشائع عقارا ، فحتى يصبح المشتري لحصة شائعة فيه شريكا يجب عليه أن يسجل عقده حتى تنتقل إليه الملكية ، ولا يكفي أن يرفع دعوى بصحة التعاقد ولو سجل صحيفتها (نقض مدني ٢١ أبريل سنة ١٩٦٠ موعة أحكام النقض ١١ رقم ٤٩ ص ٣٢٤) .
ولكن يجوز له ، باعتباره دائنا للشريك البائع ، أن يعارض في أن تتم القسمة بدون تدخله طبقا للمادة ٨٤٢ مدني (إسماعيل غانم فقرة ٩٣ ص ٢١٧ هامش ١) .

(٤) انظر آنفا فقرة ٥٣١

(٥) انظر آنفا فقرة ٥٣١ في الهامش . وانظر محمد كامل م سى ٢ فقرة ١٠٨ - إسماعيل غانم فقرة ٩٣ ص ٢١٨ - حسن كبيرة فقرة ١٤٢ ص ٤٧٩ - عكس ذلك نقض مدني ١٦ يونيو سنة ١٩٣٢ =

وإذا كان أحد الشركاء يملك حصته الشائعة تحت شرط فاسخ ، جاز لهذا الشريك أن يرفع دعوى القسمة ، وإذا رفعها غيره من الشركاء وجب اختصاصه فيها . ويجب في جميع الأحوال اختصاص الشريك الذي يملك حصته الشائعة تحت شرط واقف ، سواء كان من رفع دعوى القسمة هو الشريك تحت شرط فاسخ أو كان غيره من الشركاء . ولكن الشريك تحت شرط واقف لا يملك أن يرفع دعوى القسمة ، لأنه لا يملك أن يقوم إلا بالأعمال التحفظية ورفع دعوى القسمة تخرج عن نطاق هذه الأعمال (١) .

٥٥٦ - المحكمة المختصة : رأينا (٢) أن المادة ١/٨٣٦ مدني تجعل الاختصاص في دعوى القسمة للمحكمة الجزئية . فالمحكمة الجزئية إذن هي المختصة بدعوى القسمة ، أيا كانت قيمة الأموال الشائعة التي يراد اقتسامها ، ولو زادت هذه القيمة على نصاب القاضي الجزئي . والمحكمة الجزئية هي المحكمة التي تقع في دائرتها العقارات أو أكبرها قيمة ، فإن كان المراد قسمته منقولاً فالمحكمة الجزئية المختصة هي المحكمة التي يقع في دائرتها موطن أحد المدعى عليهم (٣) .

ولأنما جعلت المحكمة الجزئية مختصة ولو زادت قيمة المال الشائع على نصابها ، لأن اختصاصها هذا لا يتناول إلا إجراءات القسمة بصرف النظر عن قيمة المال المراد قسمته ، وللتعجيل بالإجراءات حتى لا تبقى دعوى القسمة مدة طويلة أمام المحاكم .

فالذي تختص به المحكمة الجزئية إذن هو النظر في إفراز نصيب شريك في المال الشائع ، بأن تعين خبيراً عند الاقتضاء لتكوين الحصص ، وإجراء

مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١ - ٣ مايو سنة ١٩٤٠ موعة عمر ٣ رقم ٥٤ ص ١٨٩ - ٣٠ يونيو سنة ١٩٥٥ موعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٠ ص ١٣٤١ - ٢٨ يونيو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٠٧ ص ٧٦٠ - محمد علي عرفة فق. ٣٢٣ . ولكن للمشتري بلزء مفرز ، بوصفه دائناً للشريك البائع ، أن يعارض في أن تتم القسمة بغير تدخله ، وإذا سجل عقد البيع قبل رفع دعوى القسمة وجب على الشركاء إدخاله فيها (إسماعيل غانم فقرة ٩٣ ص ٢١٨ - ص ٢١٩) .

(١) بودري وثال في الموارد ٢ فقرة ٢١٦٥ .

(٢) انظر آلفا فقرة ٥٥٥ .

(٣) انظر المشروع التمهيدى للمادة ٨٣٦ آلفا فقرة ٥٥٥ ص ٩١١ هامش ٤ .

القسمة العينية بمعدل أو بغير معدل ، وتقدير هذا المعدل إن وجد ، وتعيين نصيب كل شريك بطريق التجنيب أو بطريق الاقتراع ، وإعطاء كل شريك نصيبه المفروض ، وبإجراء القسمة بطريق التصفية إن تعذرت القسمة العينية ، وبيع المال الشائع في المزااد العلني وقسمة الثمن بين الشركاء (١) .

أما ما عدا ذلك من المنازعات التي لا تتعلق بإجراءات القسمة ، كتعيين حصة كل شريك في المال الشائع وأصل ملكيته لهذه الحصة ، والمنازعات المتعلقة بتصرف الشريك في حصته وحلول المتصرف له مكانه في دعوى القسمة ، وغير ذلك من المنازعات التي تثور حول القسمة ولا تدخل في إجراءاتها ، فإن المحكمة المختصة بنظرها هي ، وفقا للقواعد العامة ، المحكمة الجزئية أو المحكمة الكلية بحسب قيمة النزاع .

فإذا رفعت دعوى القسمة أمام المحكمة الجزئية المختصة ، نظرت هذه المحكمة ما إذا كانت القسمة العينية للمال الشائع غير ممكنة أو كان من شأن هذه القسمة إحداث نقص كبير في قيمة المال الشائع ، وعند ذلك تقضى بأن تكون القسمة بطريق التصفية . أما إذا كانت القسمة العينية ممكنة دون نقص كبير يلحق المال الشائع ، فإن المحكمة الجزئية تأمر بإجراء هذه القسمة :

§ ٢ - قسمة التصفية والقسمة العينية

٥٥٧ - قسمة التصفية - نص قانوني : نص المادة ٨٤١ مدني على ،

ما يأتي :

« إذا لم تمكن القسمة عينا ، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته ، يبيع هذا المال بالطريقة المبينة في قانون المرافعات ، وتقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا ذلك بالإجماع » (٢) .

(١) نقص مدني ١٢ فبراير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٩ ص ١٣٤ .

قضا الكلية ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٠ الهامة ٢١ رقم ٤٢ ص ٦٠ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٠٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق .

لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يكتفى بأن يكون النقص في قيمة المال الشائع ، عند القسمة العينية ، نقصا « محسوسا » . وفي لجنة المراجعة أبدلت بعبارة « نقص محسوس » عبارة « نقص كبير » ، وأصبح النص رقمه ٩١٢ في المشروع النهائي . ووافق =

وسنرى (١) أن المحكمة ، عندما ترفع إليها دعوى القسمة ، تندب ، إن رأت وحدها لذلك ، خبيراً أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصاً إن كان

= عليه مجلس النواب تحت رقم ٩١٠ . وفي لجنة مجلس الشيوخ ، رأى أحد الأعضاء « إطلاق المزايدة يدخلها الشركاء وغير الشركاء حتى تتحقق مصلحة جميع الشركاء ، وممتنع بذلك اتفاقهم على باطل لإصراراً بغيرهم من الشركاء أو الدائنين » . ورد مندوب الحكومة بأن وجه النظر إلى أن قصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع من شأنه « بقاء المال في العائلة ، أما الدائنون فمحقوقهم مكفولة بالمادة التالية » ، وأضاف « أنه مادام جميع الشركاء قد اتفقوا على بيع المال الشائع بينهم فهم وشأنهم ، ولو كان في اتفاقهم هذا ضرر بمصلحتهم ، ما دام لا يمس المصلحة العامة » . ووافقت اللجنة على النص دون تعديل تحت رقم ٨٤١ ، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته بلحته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٦ - ص ١١٧) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٤٥٨/٥٥٤ : إذا لم تمكن القسمة عيناً ، تباع الأموال بالأوجه المبينة بقانون المرافعات . (ويختلف التقنين السابق عن التقنين الجديد في أمرين : (١) لم يذكر التقنين السابق إلا عدم إمكان القسمة عيناً ، أما التقنين الجديد فقد أضاف إمكان القسمة عيناً ولكن مع ضرر كبير . (٢) أجاز التقنين الجديد قصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع) . ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٩٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٤٥ (سبق ذكرها آنفاً فقرة ٥٥٥ في الهامش - وقد نظم تقنين المرافعات الليبي قسمة المال الشائع عن طريق بيعه بالمزاد) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٧٣ : ١ - إذا تبين للمحكمة أن المشاع غير قابل للقسمة ، أصدرت حكماً ببيعه ٢٠ - وفي هذه الحالة تقدر المحكمة ، بناء على مراجعة المدعى أو أحد الشركاء ، بدل المثل بمعرفة أهل الخبرة . فإذا قبل المدعى ببيع حصته بالبدل المقدّر ، عرست المحكمة الشراء على سائر الشركاء ، ولابداء رغبتهم فيه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغهم بذلك . فإذا وافق الشركاء كلهم أو بعضهم على الشراء بالبدل المقدّر ، بيعت الحصة إلى الراغبين بالتساوي فيما بينهم . أما إذا رغب أحد الشركاء في شرائها ببدل أعلى ، فتجرى المزايدة عليها بين الشركاء وحدهم وتباع لأعلى مزايده . ٣ - وإذا لم يقبل المدعى البيع بالبدل المقدّر ، أو لم يرغب أحد الشركاء في الشراء ، وبقي المدعى مصرّاً على طلبه ، بيع المشاع كله بالطريقة المقررة قانوناً ، وقسم الثمن على الشركاء كل بقدر نصيبه .

(والتقنين العراقي يأتي بأحكام تختلف عن أحكام التقنين المصري كما نرى) .

قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٩٤٢/٦٠٣ (معدلة بقانون ٢١ كانون الأول سنة ١٩٥٤ :

انظر حسن كيرة في الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني اللبناني المقارن مذكرة على الآلة لكتابة سنة ١٩٦٥ ص ٢١٧) .

(١) انظر ما يلي فقرة ٥٥٨ .

المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته (م ٨٣٦/٢ مدني) .
 فإذا تبين أن المال الشائع لا تمكن قسمته عينا كأن كان فرسا أو نخاتما أو
 سيارة ، أو تمكن قسمته ولكن بإحداث نقص كبير^(١) في قيمته كأن كان
 دارا إذا قسمت طبقات أحدثت القسمة على هذا الوجه نقصا كبيرا في قيمة
 الدار ، أو كان أرض بناء لو قسمت لأصبح كل قسم أو القسم الأصغرا يصلح
 لبناء يستفاد منه استفادة معقولة^(٢) ، فإن المحكمة تقضى بأن تكون القسمة
 بطريق التصفية (licitation) .

والقسمة بطريق التصفية تكون ببيع المال الشائع بطريق المزايعة العلنية ،
 وقسمة الثمن الذي يرسو به المزاد على الشركاء ، كل بنسبة حصته في المال الشائع .
 وتصدر المحكمة الجزئية المرفوع أمامها دعوى القسمة حكما بإجراء البيع
 بالمزايدة ، متى تحققت أن المال الشائع لا تمكن قسمته عينا دون أن يالحق به
 نقص كبير في قيمته ، وذلك أيا كانت قيمة هذا المال الشائع ولو تجاوزت
 القيمة نصاب القاضى الجزئى ، فإن الحكم بإجراء البيع بالمزايدة هنا يعتبر
 إجراء من إجراءات القسمة تختص به المحكمة الجزئية كما سبق القول^(٣) .

وبياع المال الشائع بالمزايدة ، وفقا للإجراءات التى قررها تقنين المرافعات .
 وتتلخص هذه الإجراءات ، بالنسبة إلى العقار ،^(٤) فى أن البيع يجرى بناء على
 قائمة بشروط البيع يودعها من يعنيه التعجيل من الشركاء قلم كتاب المحكمة
 الجزئية . وتشمل قائمة شروط البيع حكم المحكمة الصادر بالبيع ، وتعيين العقار
 الشائع (الموقع والحدود والمساحة ورقم القطعة واسم الحوض ورقمه وغير ذلك

(١) ويجب أن يكون النقص كبيرا ، ولا يكتفى أن يكون محسوسا (انظر آنفا نفس
 الفقرة ص ٩١٥ هامش ٢) .

(٢) استئناف تملط ٢ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣١٧ - ٢ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦
 ص ١٣٩ - أو كان المال الشائع مصنعا لا تمكن تجزئته (استئناف تملط ١٩ أبريل سنة ١٩٣٧
 م ٣٩ ص ٣٨٨) .

(٣) انظر آنفا فقرة ٥٥٦ .

(٤) أما إذا كان المال الشائع منقولا ، فتتبع في بيعه لعدم إمكان قسمته الإجراءات المقررة
 لبيع المنقول المحجوز عليه فيما لا يتعارض منها مع الغرض المقصود من البيع (محمد على عرفة
 فقرة ٣٢٩ - إسماعيل غانم فقرة ٩٧ ص ٢٢٥) .

من البيانات التي تفيد في تعيينه ، وشروط البيع والتمن الأساسي الذي تقدره المحكمة الجزئية ، وتجزئة العقار إلى صفقات إذا اقتضت الحال مع ذكر التمن الأساسي لكل صفقة ، وبيان سندات الملكية ، وبيان جميع الشركاء وموطن كل منهم . ويرفق بقائمة شروط البيع ، إلى جانب شهادة ببيان الضريبة وسندات الملكية وشهادة عقارية عن مدة عشر السنوات السابقة على إيداع القائمة ، صورة من الحكم الصادر بإجراء البيع . ويخير قلم الكتاب بإيداع قائمة شروط البيع كلا من الدائنين المرتهنين رهنا حيازيا أو رسميا ، وأصحاب حقوق الاختصاص والامتياز ، وجميع الشركاء . ولكل من الشركاء أن يبدى ما لديه من أوجه البطلان والملاحظات على شروط البيع ، بطريق الاعتراض على القائمة . ويباع العقار الشائع بالمزايدة طبقا للقواعد المتعلقة بإجراءات بيع العقار بناء على طلب الدائنين^(١) ، وللأحكام الخاصة بزيادة العشر^(٢) وإعادة البيع على مسئولية المشتري المتخاف ، وللأحكام الخاصة بحكم مرسى المزاد^(٣) . والأصل . أن يسمح للشركاء ولغير الشركاء في الدخول في المزايدة ، فإن رسا المزاد على شريك اعتبر البيع قسمة ، وإن رسا على أجنبي ، اعتبر أيضا قسمة فيما بين الشركاء ويبدأ في علاقة الشركاء بالراسي عليه المزاد . وقد يتفق الشركاء جميعا على قصر المزايدة عليهم دون السماح لأجنبي في الدخول فيها ، وذلك حفظا للمال في الأسرة . ويكون هذا الاتفاق صحيحا ملزما للشركاء ،

(١) ومن هذه الإجراءات ما تنص عليه الفقرة الأخيرة من المادة ٦٦٤ مرافعات ، ويستخلص منها أنه إذا لم يتقدم مشتر أجل البيع مع تنقيص عشر التمن الأساسي مرة بعد مرة كلما اقتضت الحال ذلك (نقض مدني ١٢ فبراير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٩ ص ١٣٤ - إسماعيل غانم فقرة ٩٧ ص ٢٢٥ هامش ١) . وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا حدد القاضي بناء على طلب طالب البيع من الشركاء يوما للبيع ، وجب أن يعلن به جميع الشركاء بالطريق الذي يعلن به أي خصم في أية دعوى ، ولا يكتفى ما ينشر أو يلصق من إعلانات ، وإلا كان حكم مرسى المزاد غير نافذ في مواجهة من لم يعلن من الشركاء (نقض مدني ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٨٨٥) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه في حالة بيع العقار بالمحكمة لتعذر قسمته بين الشركاء ، يجوز لكل أحد استئناف المزايدة بالتقرير بزيادة العشر ، سواء أكان من أرباب الديون المسجلة أو من الدائنين بسند واجب التنفيذ أم لم يكن (نقض مدني ٦ نوفمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٤٧٦) .

(٣) انظر في كل ذلك المواد ٧١٢ - ٧٢١ و ٧٢٣ مرافعات .

لأنهم هم الذين يقدرّون مصلحتهم في ذلك ، أما مصلحة الدائنين فكفولة بما لهم من حق الاعتراض والتدخل^(١) ، ولا مساس بالمصلحة العامة في شيء من ذلك^(٢) . وإذا كان بين الشركاء من هو غير متوافر الأهلية أو غائب ، وجب على نائبه الحصول على إذن المحكمة المختصة بالولاية على المال في قبوله قصر المزايدة على الشركاء ، لأن هذا العمل يجاوز أعمال الإدارة المعتادة^(٣) . ومتى تم الاتفاق على قصر المزايدة على الشركاء على النحو الذي قدمناه ، أجريت المزايدة بين الشركاء وحدهم دون غيرهم ، ويعتبر رسو المزايدة هنا قسمة لا بيعاً ، لأن المزايدة لا بد أن يرسو على أحد الشركاء^(٤) .

٥٥٨ - القسمة العينية - مراحلها الأربع : فإذا أمكنت قسمة المال للشائع عينا دون نقص كبير يلحقه ، أمرت المحكمة الجزئية بإجراء القسمة العينية . وهذه القسمة تمر بمراحل أربع :

(المرحلة الأولى) قسمة المال الشائع إلى حصص أو التجنيب (م ٨٣٦ / ٢ و ٨٣٧ مدني) .

(المرحلة الثانية) الفصل في المنازعات (م ٨٣٨ مدني) ،
 (المرحلة الثالثة) الحكم بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز (م ٨٣٩ مدني) .
 (المرحلة الرابعة) تصديق المحكمة الابتدائية على الحكم إذا كان بين الشركاء غائب أو كان فيهم من لم تتوافر فيه الأهلية (م ٨٤٠ مدني) .

(١) وسرى (انظر ما يلي فقرة ٥٦٥) أن للدائنين المعارضة في أن يقتصر المزايدة على الشركاء دون أن يدخل أجنبي فيه ، خشية من توافر الشركاء على إرساء المزايدة على أحد منهم بشئ بخس ، وسعي وراء الوصول إلى أعلى ثمن يمكن عن طريق دخول الأجانب في المزايدة .

(٢) انظر المناقشة التي دارت في هذا الشأن في لجنة مجلس الشيوخ آنفانفس الفقرة ص ٩١٥ هامش ٢ .

(٣) إسماعيل غانم فقرة ٩٧ ص ٢٢٥ - ص ٢٢٦ .

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٩ - ويرتب على الحكم الصادر بتقسيم الثمن على الشركاء آثار القسمة ، سواء قصرت المزايدة على الشركاء أو سمح بدخول أجنبي ، فيجب تصديق المحكمة الابتدائية التي تتبعها محكمة القسمة على هذا الحكم إذا كان يوجد بين الشركاء من هو غير متوافر الأهلية أو غائب (م ٨٤٠ مدني وم ٢/٤٠ من قانون الولاية على المال - إسماعيل غانم فقرة ٩٧ ص ٢٢٦ - عكس ذلك محمد على عرفة فقرة ٣٢٨ ص ٤٣٧) .

٥٥٩ - المرمز الأولى - قسم المال الشائع إلى حصص أو

التجيب - **نصوص قانونية :** تنص المادة ٢/٨٣٦ مدني على ما يأتي :
« وتندب المحكمة ، إن رأت وجها لذلك ، خبيراً أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصاً إن كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته » .

وتنص المادة ٨٣٧ مدني على ما يأتي :

« ١ - يكون الخبير الحصص على أساس أصغر نصيب حتى لو كانت القسمة جزئية ، فإن تعذرت القسمة على هذا الأساس جاز للخبير أن يجنب لكل شريك حصته » .

« ٢ - وإذا تعذر أن يختص أحد الشركاء بكامل نصيبه عينا ، عوض بمعدل عما نقص من نصيبه » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢/٨٣٦ : ورد هذا النص في المادة ٢/١٢٠٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢/٩٠٧ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٢/٩٠٥ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٨٣٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠٦ - ص ١٠٨) .

م ٨٣٧ : ورد هذا النص في المادة ١٢٠٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٠٨ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٠٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٣٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٩ ص ١٠٨ - ص ١٠٩) .

وتقابل المادة ٢/٨٣٦ في التقنين المدني السابق م ٤٥٢/٤٤٩ العبارة الأخيرة ... وأن يطلب من المحكمة تعيين واحد أو أكثر من أهل الخبرة لأجل التقويم وتعيين الحصص . (والنص موافق) . ولا مقابل في التقنين المدني السابق لنص المادة ٨٣٧ ، ولكن العمل كان جارياً على هذا الحكم .

وتقابل النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢/٧٩٠ و ٧٩١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي : يحيل إلى تقنين المافعات المدنية .

- التقنين المدني العراقي م ١٠٧٢/٢ و ٣ و ٤ : ٢ - فإذا تبين للمحكمة أن المشاع قابل للقسمة ، قررت إجهاها . ويعتبر المشاع قابلاً للقسمة إذا أمكنت قسمته من غير أن تنفوت على أحد الشركاء -

ويستخلص من هذه النصوص أن المحكمة الجزئية المرفوع إليها دعوى القسمة تبدأ بتعيين خبير أو أكثر ، إن رأت وجها لذلك . وتكون مهمة الخبير هو أن يبدى رأيا فيما إذا كانت القسمة العينية ممكنة دون نقص كبير يلحق المال الشائع في قيمته ، أو أنها غير ممكنة . فإن كانت غير ممكنة ، فقد بسطنا فيما تقدم^(١) أن المحكمة تجرى قسمة التصفية .

أما إذا كانت القسمة العينية ممكنة دون نقص كبير يالحق المال الشائع في قيمته ، فإن الخبير يبدأ بقسمة المال الشائع حصصا على أساس أصغر نصيب ، إذا كان ذلك ممكنا . وتستوى في ذلك القسمة الكلية والقسمة الجزئية ، فإن كانت القسمة جزئية قسم الخبير إلى حصص الجزء من المال الشائع الذي تراد قسمته ، أو جنب نصيب كل شريك في هذا الجزء كما سيأتى ، وترك الباقي من المال على شيوخه دون تقسيم أو تجنيب . وقد تكون القسمة جزئية بأن يكون بعض الشركاء هم الذين يريلون التخلص من الشيوخ دون الآخرين ، فيفرز الخبير للأولين نصيبهم ويقسمه إلى حصص أو يجنب لكل شريك نصيبه .

فإذا أمكنت قسمة المال إلى حصص متساوية ، كون الخبير هذه الحصص على أساس أصغر نصيب كما قدمنا . وتوضح المذكرة الإيضاحية هذه العملية في شيء من الإسهاب فتقول : « فإذا أمكن قسمة المال عينا دون أن يلحقه نقص (كبير) ، وعين خبير لتكوين الحصص ، كونها على أساس أصغر نصيب ، حتى لو كانت القسمة جزئية بأن كان بعض الشركاء هم الذين يريلون

— المتبعة المقصودة قبل القسمة . ٣- فإن كان المشاع عقارا ، تسمع الأرض وتفرز الحصص على أساس أصغر نصيب ، على أن يراعى فيها الموقع والجودة وجميع الميزات الأخرى . ويراعى كذلك بقدر الإمكان أن تستقل كل حصة بحق الطريق والشرب والمسيل وغيرها من حقوق الارتفاق . وتعين قيمة الحصص باتفاق الشركاء أنفسهم ، فإن لم يتفقوا عينا الحاكم بمهنة خبير . وإذا تعذر أن يختص كل أحد من الشركاء بكامل نصيبه عينا ، عوض عما نقص من القيمة بمعدل ولو من العقود . وتوزع الحصص بالقيمة ، وبما تم القسمة فتصدر المحكمة حكما بتأييدها . ٤- وإذا كان المشاع منقولا ، يفرز إلى حصص متعادلة بالقياس المعتاد استعماله في قياس نوعه ، وتوزع على الشركاء . (وكل هذه التفصيلات لا تتعارض مع أحكام التقنين المصرى) .

قانون الواجبات والعقود اللبناني م ٣/٩٤٢ - ١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥ معدلة بقانون ٢١

كانون الأول سنة ١٩٥٤ : انظر حسن كيرة في الحلقة العينية الأصلية في القانون المدني اللبناني المقارن مذكرات على الآلة الكاتبة سنة ١٩٦٥ ص ٢١٦) .

(١) انظر آنفا فقرة ٥٥٧ .

التخلص من الشيوع دون الآخرين ... أما إذا أمكن تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب (مثل ذلك أن تكون أنصبة الشركاء هي النصف والثالث والسادس فيقسم المال أساساً ، أو تكون أنصبتهم هي الثلثان والربع وجزء من اثني عشر فيقسم المال إلى اثني عشر جزءاً ، وهكذا) ، فإن قام نزاع في تكوين الحصص فصلت فيه المحكمة الجزئية ... (١) »

أما إذا تعذرت قسمة المال إلى حصص (٢) على الوجه الذي قدمناه ، فإن الخبير يعمد مباشرة إلى تحديد نصيب كل شريك مفرزاً في المال الشائع ، وذلك بقدر حصته في هذا المال ، وهذا ما يسمى بالتجنيب (٣) . ويصح أيضاً أن يلجأ الخبير إلى التجنيب ، ولو أمكن تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب ، إذا اتفق الشركاء جميعاً على التجنيب (٤) ، فتجري القسمة بطريق التجنيب إذن في حالتين : إذا تعذرت قسمة المال إلى حصص على أساس أصغر نصيب ، وإذا لم تتعذر هذه القسمة ولكن الشركاء اتفقوا جميعاً على أن تكون القسمة بطريق التجنيب (٥) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٩ - ص ١٢٠ . وانظر بلانيول وريبير وبه لانييه ٣ فقرة ٢٠٧٦ .

(٢) وتعتبر قسمة المال إلى حصص متعذرة إذا كان من شأن تقسيم المال إلى حصص صغيرة الإنقاص من قيمته ، أو اقتضى ذلك إجراءات معقدة ، أو كانت الحصص متباعدة بحيث يحتمل أن توقع القسمة في نصيب أحد الشركاء حصصاً متناثرة (انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٩٦ ص ٢٢٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧٧ ص ١٩١ - ص ١٩٢) .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : (فإذا لم يتيسر للخبير تكمين الحصص على أساس أصغر نصيب ، جاز له أن يقسم بطريق التجنيب ، وذلك بأن يبين لكل شريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع يتعادل مع حصته ، وإذا اقتضى الأمر معدلاً يكل نصيب بعض الشركاء حدد هذا المعدل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٠) .

(٤) ومتى وافق شريك على التجنيب ، لم يجوز له الرجوع . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا وافق أحد الشركاء أمام محكمة أول درجة على إجراء القسمة بطريق التجنيب ، فلا يجوز له أن يرجع أمام محكمة ثانية في هذا ويطلب إجراء القسمة بطريق القسمة (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٦٢٢) .

(٥) فالقسمة بطريق التجنيب لا يشترط فيها إذن اتفاق جميع الشركاء ، بل يكفي أن ترى المحكمة تعذر قسمة المال إلى حصص بناء على تقرير الخبير حتى يكتفى بالتجنيب ملزماً لجميع الشركاء ولو لم يوافقوا عليه (انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٩٦ ص ٢٢٢ هامش ١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٤٨ ص ٢٢٨ - ص ٢٢٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧٧ ص ١٩١ -

وسواء قسم الخبير المال إلى حصص أو جنب نصيب كل شريك مفرزا ، فقد يقتضى الأمر أن يلجأ الخبير إلى تحديد معدل (soulte) يكمل بعض الحصص الناقصة في حالة التقسيم إلى حصص ، أو يكمل نصيب الشريك المفرز في حالة التجنيب . وبيان ذلك أن الخبير قد لا يتمكن ، في تقسيم المال إلى حصص ، أن يجعل هذه الحصص متساوية تماما . فيلجأ إلى جعل الحصص متساوية بقدر الإمكان ، وإذا اضطر إلى تحديد إحدى هذه الحصص أكبر من حصة أخرى ، قدر مبلغا من النقود تدفعه الحصة الكبرى إلى الحصة الصغرى حتى تتعادل الحصتان ، ولذلك سمي هذا المبلغ من النقود بالمعدل (soulte) ، كالمعدل في المقايضة . فمن يقع من الشركاء في نصيبه الحصة الكبرى بطريق القرعة كما سيأتى ، يصبح لدينا بهذا المعدل لمن يقع في نصيبه الحصة الصغرى ، وبذلك يتساوى صاحب الحصة الصغرى مع صاحب الحصة الكبرى . وإذا لم يمكن تقسيم المال إلى حصص ولو بمعدل على الوجه المذكور ، ولجأ الخبير إلى

= هامش ١ - وانظر عكس ذلك محمد كامل م سى ٢ فقرة ١١٣ - مد على عرفة فقرة ٣٢٦ . أما في القانون الفرنسي ، فيجب اتفاق جميع الشركاء على القسمة بطريق التجنيب ، ولو كانت قسمة المال إلى حصص على أساس أصغر نصيب متعذرة ، ويبيع المال في هذه الحالة لعدم إمكان قسمته . وهذا الحكم ينتقده الفقه الفرنسي (پلانيل وريبير ومورى وثيرالتون ٤ فقرة ٥١١ - بيدان ولييان ٥ مكرر فقرة ٦٢٢) . وقد كان التقنين المدنى المصرى السابق يحى على حكم القانون الفرنسى من أن القسمة بطريق التجنيب يجب فيها اتفاق جميع الشركاء . وقد قضت محكمة النقض بأن نصوص القانون المدنى القديم كانت تقتضى بأن القسمة بين الشركاء يجب أن تجرى أصلا بطريق القرعة إلا إذا وافق الشركاء على إجرائها بطريق التجنيب . فإن تعذر الأمران - إجراء القسمة على أصغر نصيب تمهيدا للقرعة واتفاق الشركاء على القسمة بالتجنيب - وجب بيع العقار لعدم إمكان قسمته . ولكن هذه النصوص ، وإن اتفقت مع نصوص الفقرة الأولى من المادة ٨٣٧ من القانون المدنى الحالى في أن القرعة هى الأساس وأنه يجوز إجراء القسمة بطريق التجنيب إذا اتفق على ذلك الشركاء ، إلا أن النصوص تختلف في حالة تعذر القسمة على أصغر نصيب تمهيدا لإجراء القرعة ، فالقانون القديم ما كان يبيع التجنيب بغير رضا الشركاء بينما يبيع القانون الحالى ذلك (نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ بمجموعة أحكام النقض ٧ ص ٦٢٢) .

ومع أن التقنين المدنى السابق كان يشترط في القسمة بالتجنيب اتفاق جميع الشركاء على ما رأينا ، إلا أن محكمة الاستئناف المختلطة كانت تقضى بأن التجنيب ممكن ولو عارض أحد الشركاء فيه معارضة تنطوى على التعسف في استعمال الحق (استئناف تملط ٥ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٨٦ - ٩ يونيو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠ - ٥ يونيو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣١٤ - أول مارس سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٧٦ - ومع ذلك انظر استئناف تملط ٢٨ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٦٧) .

التمجيب ، فقد يضطر هنا أيضاً ، عند تحديد أنصبة الشركاء مفرزة ، إلى تحديد نصيب أحد الشركاء بأقل مما يستحق ، وتحديد نصيب شريك آخر بأكثر مما يستحق . فعند ذلك يقدر مبلغاً من النقود يتعادل به النصيبان ، ويصبح صاحب النصيب الأكبر لدينا بهذا المعدل لصاحب النصيب الأصغر^(١) .

٥٦٠ - المرحلة الثانية - الفصل في المنازعات - نص قانوني :

نص المادة ٨٣٨ مدني على ما يأتي :

« ٢ - فإذا قامت منازعات لا تدخل في اختصاص تلك المحكمة ، كان عليها أن تحيل الخصوم إلى المحكمة الابتدائية ، وأن تعين لهم الجلسة التي يحضرون فيها ، وتقف دعوى القسمة إلى أن يفصل نهائياً في تلك المنازعات »^(٢) .

ويتبين من هذا النص أن المنازعات التي تقع بين الشركاء ويجب الفصل

(١) والعبرة في تحديد قيمة المال بقت إجراء القسمة ، لا بوقت رفع دعوى القسمة ولا بوقت بدء الشروع . وفي فرنسا تحدد المحكمة تاريخاً معيناً ، يسمى بتاريخ الائتفاع المقسم (jouissance) (divise) ، يكون هو التاريخ الذي تقدر فيه قيمة المال ، ويكون في الوقت ذاته هو التاريخ الذي يستولى فيه كل شريك على ثمار نصيبه المفرز (پلانويل وريبير و به لانچيه ٣ فقرة ٣٠٣١ و فقرة ٣٠٦٩ - أنسيكله بيدي دالا ز ه لفظ Succession فقرة ١٥١١ - فقرة ١٥١٢) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٠٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٠٩ في المشروع النهائى ، ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٠٧ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٣٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٠ - ص ١١١) .

ويقابل النص في التقنين المدنى السابق م ٥٥٤/٥٥١ : إذا أمكنت قسمة الأموال عينا ، وحصل نزاع في تعيين الحصص ، تحكم محكمة الماد الجزئية في ذلك وفي المنازعات الأخرى التي تكون من خصائصها . وإذا حصلت منازعات لم تكن من خصائص المحكمة المذكورة ، وجب عليها أن تحيل الخصام على المحكمة الابتدائية ، وتعين الجلسة التي يلزم حضورهم فيها أمامها ، وتؤخر الفصل في القسمة إلى أن يحكم قطعياً في تلك المنازعات . (والنص موافق لأحكام التقنين الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٩٢ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى يحيل على تقنين الم افعات .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الموجبات والحقوق اللبناني لا مقابل .

فيها قبل المضي في دعوى القسمة على نوعين : (النوع الأول) المنازعات التي تتعلق بتكوين الحصص . (والنوع الثاني) المنازعات الأخرى التي لا تتعلق بتكوين الحصص .

أما المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص ، كأن يدعى أحد الشركاء أن الحصص غير متساوية ، أو يدعى أن المعدل الذي قدره الخبير أقل مما يجب أو أكثر مما يجب ، أو أنه يمكن تقسيم المال إلى حصص بطريقة أفضل ، أو نحو ذلك من المنازعات التي ترجع إلى تكوين الحصص ، فهذه تتولى الفصل فيها المحكمة الجزئية ، ولو زادت قيمة الحصة على نصاب هذه المحكمة . ذلك أن تكوين الحصص يعتبر داخلاً في أعمال القسمة ، والمحكمة الجزئية تختص بجميع أعمال القسمة أياً كانت قيمة المال المراد قسمته . ويلحق بالمنازعات التي تتعلق بتكوين الحصص المنازعات المتعلقة بتجنيب أنصبة الشركاء ، فقد يدعى أحد الشركاء أن النصيب المفرز الذي جنبه له الخبير أقل مما يستحق ، أو أن هناك طريقة أفضل لتجنيب الأنصبة . فتكون المنازعات المتعلقة بتجنيب أنصبة الشركاء هي أيضاً من اختصاص المحكمة الجزئية ، تفصل فيها ولو زادت قيمة النصيب على نصاب القاضي الجزئي . وسواء تعلقت المنازعات بتكوين الحصص أو بتجنيب أنصبة الشركاء ، فإن المحكمة الجزئية عندما تفصل فيها ، وتكون قيمتها مما يجوز استئنافه أمام المحكمة الابتدائية التي تتبعها المحكمة الجزئية ، جاز للذي الشأن من الشركاء أن يستأنف حكم القاضي الجزئي أمام المحكمة الابتدائية . ولا ترجع المحكمة الجزئية إلى متابعة أعمال القسمة إلا بعد أن تصدر أحكام نهائية في جميع هذه المنازعات .

بقيت المنازعات الأخرى التي لا تتعلق بتكوين الحصص . ومن أمثلة هذه المنازعات أصل ملكية الشريك لحصته الشائعة وما يقوم حول ذلك من منازعات بين الشركاء ، كأن يدعى أحد الشركاء أن شريكاً آخر داخلاً في دعوى القسمة لا يملك شيئاً في المال الشائع ويجب استبعاده من دعوى القسمة . ومن أمثلة هذه المنازعات أيضاً تعيين حصة الشريك في المال الشائع ، كأن ينازع أحد الشركاء شريكاً آخر في مقدار حصته ، فيدعى مثلاً أنها الربع بدلاً من الثلث . وقد تثور منازعات تتعلق بتصرف الشريك في حصته ، فيدعى أحد الشركاء

مثلا أن شريكا آخر قد تصرف في حصته لأجنبي فلا يحق له الدخول في القسمة .
كل هذه المنازعات التي لا تتعلق بتكوين الحصص ، بعضها يكون بحسب
قواعد الاختصاص من اختصاص المحكمة الجزئية التي تنظر دعوى القسمة ،
وبعضها يكون من اختصاص المحكمة الابتدائية لأن قيمتها تجاوز نصاب القاضى
الجزئى . فإذا أثار شريك أمام المحكمة الجزئية منازعة من هذه المنازعات وكانت
هذه المنازعة من اختصاص القاضى الجزئى ، فصلت المحكمة الجزئية فيها^(١) ،
وإذا كان الحكم قابلا للاستئناف استأنفه ذو الشأن من الشركاء أمام المحكمة
الابتدائية . وإذا كانت المنازعة التي أثارها الشريك هي من اختصاص المحكمة
الابتدائية ، كان على المحكمة الجزئية أن توقف دعوى القسمة ، وأن تحيل
الخصوم إلى المحكمة الابتدائية^(٢) ، مع تحديد الجلسة التي يحضرون فيها أمام
المحكمة ، مستعينة في ذلك بالبيانات التي تحصل عليها من قلم كتاب المحكمة
الابتدائية^(٣) . وتبقى دعوى القسمة موقوفة أمام المحكمة الجزئية إلى أن تفصل

(١) استئناف مصر ٢٠ مايو سنة ١٩٤٣ الهامة ٢٤ رقم ٨٠ ص ٢٠٦ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان النزاع الذي أثير في الدعوى أمام محكمة القسمة
يدور حول طبيعة الشيوع في السلم المشترك ، وما إذا كان هذا الشيوع عاديا أو إجباريا ، وحول
تحديد نطاق الصلح المفقود بين الطرفين بشأن هذا السلم ، فهو بهذه المثابة نزاع لا يتعلق بتكوين
الحصص ، ويخرج بحسب قيمته من اختصاص قاضى المواد الجزئية نوعيا إذ كانت قيمة السلم المتنازع
عليه - كما قررها الخبير المنتدب في دعوى القسمة وباتفاق الطرفين - تجاوز نصاب تلك المحكمة ،
بما كان يتعين منه أن تحيل هذا النزاع إلى المحكمة الابتدائية للفصل فيه . انظر بالمقدمة الثانية من المادة
٨٣٨ مدنى . وإذا لم تفعل ، فإنها تكون قد تجاوزت اختصاصها ، مخالفه النفاذون (نقض مدنى
٢٥ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٦ ص ١٠٤) .

(٣) ويشترط في ذلك أن تتحقق محكمة القسمة من أن المدعى عليه (نقض مدنى ٢٤ نوفمبر
سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٠٩ ص ١٥٢٧ - ٣١ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام
النقض ٧ رقم ٨٥ ص ٦٢٢) . وتقدير جدية المنازعة في الملك المتنازع في دعوى القسمة هو ما
يدخل في سلطة محكمة الموضوع التقديرية التي لا رقابة فيها لمحكمة النقض ، مادامت تقدم قصاصها على
اعتبارات واقعية مقبولة وأسباب سائفة (نقض مدنى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المداتب النقض
في خمسة وعشرين عاما جزء ٢ ص ٨٨٣ - ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧
ص ٦٢٢) .

والتمسك بوجوب وقف دعوى القسمة حتى يفصل نهائيا في الملكية هو من شأن الخصم الذي
نازع في هذه الملكية ، ولا صفة لغيره من الخصوم في التحدى به (نقض مدنى ٣١ مارس سنة ١٩٥٦
مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٦٢٢) .

المحكمة الابتدائية ، ومن بعدها محكمة الاستئناف حتى يكون الفصل نهائياً ، في المنازعات التي أحالتها المحكمة الجزئية ، أو إلى أن تفصل المحكمة الابتدائية نهائياً في الاستئناف الذي رفع إليها من الحكم الصادر من المحكمة الجزئية في المنازعات التي تختص هذه المحكمة بالفصل فيها على ما قدمنا (١) .

٥٦١ - المزمرة الثالثة - الحكم بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز -

نص قانوني : تنص المادة ٨٣٩ مدني على ما يأتي :

« ١ - متى انتهى الفصل في المنازعات وكانت الحصص قد عينت بطريق التجنيب ، أصدرت المحكمة الجزئية حكماً بإعطاء كل شريك النصيب المفرز الذي آل إليه » .

« ٢ - فإن كانت الحصص لم تعين بطريقة التجنيب ، تجري القسمة بطريق الاقتراع ، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها . وتصدر حكماً بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز » (٢) .

ويتبين من هذا النص أنه عندما يفصل نهائياً في المنازعات التي أثرت فيما بين الشركاء ، سواء ما كان من هذه المنازعات من اختصاص المحكمة

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٠
(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٠٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩١٠ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٠٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٣٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٢ - ص ١١٣) .

ويقابل النص في التقنين المدنى السابق م ٥٥٣/٤٥٥ : تحصل القسمة بطريق القرعة أمام القاضى المعين للمواد الجزئية ، ويحرر بها محضر . (والنص موافق لأحكام التقنين المدنى الجديد ، ولكنه لم يذكر القسمة بطريق التجنيب ، فكان القضاء يجرى على أن هذه القسمة لا تكون إلا باتفاق الشركاء جميعاً : انظر آنفاً فقرة ٥٥٩ ص ٩٢٢ هامش ٥) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٩٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى يحيل إلى تقنين المرافعات .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل (وتنص المادة ١٠٧٤ من هذا التقنين على أنه إذا كان المشاع

أعياناً منقوطة متعددة وكانت متحدة الجنس ، يزال الشيوع فيها بقسمتها قسمة جمع) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى لا مقابل .

الجزئية أو ما كان منها من اختصاص المحكمة الابتدائية ، ننتقل بعد ذلك إلى المرحلة الثالثة من مراحل القسمة . فيعود الشركاء إلى المحكمة الجزئية ، بناء على طلب من يريد التعجيل منهم ، ويحركون دعوى القسمة بعد أن كانت المحكمة الجزئية قد وقفها حتى يفصل نهائيا في المنازعات .

وفي هذه المرحلة يكون قد بت نهائيا في المنازعات ما بين الشركاء ، وأصبح حق كل شريك في المال المراد قسمته مبتوتا فيه خاليا من النزاع ، ويجب هنا التمييز بين فرضين : إما أن يكون نصيب كل شريك قد عين بطريق التجنيب ، أو أن يكون المال المراد قسمته قد قسم إلى حصص .

ففي الفرض الأول ، وقد تعين نصيب كل شريك مفرزا في المال الشائع بطريق التجنيب ، لا يبقى أمام المحكمة الجزئية إلا أن تصدر حكما بإعطاء كل شريك النصيب المفرز الذي آل إليه . وقد يلتزم أحد الشركاء بدفع معدل إلى شريك آخر أو أكثر على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم (١) .

وفي الفرض الثاني ، والمال المراد قسمته قد قسم إلى حصص ، يجب توزيع هذه الحصص بين الشركاء كل بقدر نصيبه . ولما كانت الحصص بالذات التي تقع في نصيب كل شريك غير معروفة ، فقد لجأ القانون إلى طريق الاقتراع لتعيين هذه الحصص ، حتى يطمئن الشركاء إلى أن فرصهم متساوية . ومن ثم تجرى المحكمة القرعة بين الشركاء ، فإذا كانت الحصص مثلا سبعا ، وكان الشركاء ثلاثة لواحد منهم حصة واحدة وللثاني حصتان وللثالث أربع حصص ، وضعت في القرعة سبعة أوراق مرقمة من الواحد إلى السبعة ، ورقمت الحصص على هذا الوجه كذلك . وسحب الشريك الأول ورقة واحدة ، والشريك الثاني ورقتين ، والشريك الثالث أربع ورقات ، فيأخذ كل شريك الحصة أو الحصص التي أوقعت القرعة رقمها في نصيبه . وقد لا يحصل الشريك ذو الحصص المتعددة إلا على حصص متباعدة بعضها عن بعض ، ولكن هذا هو شأن القرعة . ولا مفر من هذه النتيجة ، إلا إذا اتفق الشركاء فيما بينهم بعد إجراء القرعة على تقريب حصص كل واحد منهم . وقد يقع في نصيب أحد الشركاء حصة أو أكثر تكون مدينة بمعدل الحصة أخرى

(١) انظر آنفا فقرة د ه ه .

أو حصص وقعت في نصيب شريك آخر ، على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم (١) .
وتثبت المحكمة الجزئية كل ذلك في محضرها ، ثم تصدر حكماً بإعطاء كل
شريك نصيبه المفرز ، أي الحصة أو الحصص المفروزة التي أوقعها القرعة
في نصيبه (٢) .

ونرى من ذلك أن دعوى القسمة ، في مرحلتها الثالثة ، تنهى دائماً إلى حكم
بالقسمة يعين النصيب المفرز الذي آل إلى كل شريك . وحكم القسمة هذا
يختم دعوى القسمة ، إذا لم يكن بين الشركاء غائب أو شخص لم تتوافر فيه
الأهلية وليس له ولي شرعي . أما إذا وجد بين الشركاء أحد من هؤلاء ،
فلا بد من المضي بالقسمة إلى مرحلتها الرابعة والأخيرة ، وهي مرحلة التصديق
على حكم القسمة .

٥٦٢ — المرحلة الرابعة — التصديق على حكم القسمة في مابوت

خاصة — نص قانوني : تنص المادة ٨٤٠ مدني على ما يأتي :
« إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية ،
وجب تصديق المحكمة على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائياً ، وذلك وفقاً
لما يقرره القانون » (٣) .

(١) انظر آتفا فقرة ٥٥٩ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٠ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٠٨ من المشروع التمهيدى على الوجه

الآتى : « إذا كان بين الشركاء غائب ، أو كان بينهم شخص لم تتوافر فيه الأهلية ، ولم يكن له
ولى شرعى ، وجب تصديق المحكمة الابتدائية على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائياً » . ووافقت
عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ٩١١ في المشروع النهائى ، بعد حذف عبارة « ولم يكن له ولي
شرعى » لتعميم الحكم النص . وفي اللجنة التشريعية لمجلس النواب عدل النص على الوجه الآتى :
« إذا كان بين الشركاء مفقود أو غائب ، أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية ، وجب تصديق
المحكمة على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائياً ، وذلك وفقاً لما يقرره القانون » ، وقالت اللجنة في
تقريرها إنها عدلت النص تعديلاً يتسق مع مشروع قانون المحاكم الحسبية الذي وافق عليه لمس
النواب ، ووافق لمس النواب على النص بهذا التعديل تحت رقم ٩٠٩ . وفي لجنة لمس الشيوخ
حذفت كلمتا « مفقود أو » اللتان أضافهما مجلس النواب ، لأن قانون المحاكم الحسبية يسو بين
لغائب والمفقود في الحكم ، وأصبح ، قم النص ٨٤٠ . ووافق عليه لمس الشيوخ هذا التعديل
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٣ - ص ١١٥) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتى : « وحكم القسمة هذا هو الذى تصدق عليه المحكمة الابتدائية إذا كان بين الشركاء غائب أو شخص لم تتوافر فيه الأهلية ولم يكن له ولى شرعى . أما فى التقنين الحالى (السابق) فالمحكمة الابتدائية تصدق على قسمة الأموال إلى حصص ، وقد روى أن الأولى أن يكون التصديق على حكم القسمة نفسه» (١) . ويتبين من ذلك فى وضوح أن المادة ٨٤٠ من التقنين المدنى الجديد قد قصدت مخالفة المادة ٥٥٢/٤٥٦ من التقنين المدنى السابق ، إذ أن هذا النص الأخير يقضى بتصديق المحكمة على قسمة الأموال إلى حصص ، أما نص التقنين المدنى الجديد فيقضى بتصديق المحكمة على حكم القسمة نفسه بعد أن يجتاز جميع مراحلها ويصبح فى المرحلة النهائية ، أى بعد أن يجتاز مرحلة تكوين الحصص ومرحلة الفصل فى المنازعات ومرحلة إجراء القرعة أو التجنيب ، ويصبح حكم القسمة فى المرحلة النهائية كما سبق القول ، أى حكماً بإعطاء كل شريك النصيب المقرز الذى آله إليه . وقد كانت اللجنة التشريعية لمجلس النواب ، عند نظر مشروع نص المادة ٨٤٠ سالفة الذكر ، قد عدلته إلى ما استقر عليه ، وقالت فى تقريرها إنها عدلته تعديلاً ينسق مع مشروع قانون المحاكم الحسبية الذى وافق عليه مجلس النواب (٢) .

ولما صدر قانون الولاية على المال فى سنة ١٩٥٢ ، أى بعد العمل بالتقنين المدنى الجديد ، وكان المفروض أن يساير هذا القانون التقنين المدنى وتنسق

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٥٥٢/٤٥٦ : إذا كان أحد الشركاء قاصراً أو غير أهل للتصرف ، أو غائباً ، وجب التصديق من المحكمة الابتدائية على قسمة الأموال إلى حصص .
ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٩٤ : إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية وجب على قاضى الصالح أن يطلب من المحكمة ذات الاختصاص تعيين من يمثلها فى دعوى القسمة ، وذلك طبقاً لما يقرره القانون .

التقنين المدنى الليبى يحيل على تقنين المرافعات .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قائمة الموجهات والعقود البنائى لا مقابل .

(١) موعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٤ - وانظر أيضاً نفس الفقرة فى ص ٩٢٩

هامش ٣ .

الأحكام في كل منهما ، وقع عدم اتساق يستوقف النظر . ذلك أن المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال ، في الفقرات الثانية والثالثة والرابعة والخامسة منها ، نصت على ما يأتي : « وفي حالة القسمة القضائية تصدق المحكمة الابتدائية التي تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأموال إلى حصص . ولهذه المحكمة ، عند الاقتضاء ، أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم في جلسة تحدد لذلك . وإذا رفضت التصديق ، تعين عليها أن تقسم الأموال إلى حصص على الأسس التي تراها صالحة بعد دعوة الخصوم . ويقوم مقام التصديق الحكم الذي تصدره المحكمة بوصفها محكمة استئنافية بتكوين الحصص » . ولا شك في أن هذا النص صريح في أن الذي تصدق عليه المحكمة ، ليس هو الحكم بالقسمة وهو في مرحلته النهائية كما نصت على ذلك صراحة المادة ٨٤٠ ملني ، بل هو قسمة الأموال إلى حصص أي القسمة في مراحلها الأولى . ويكون قانون الولاية على المال قد عدل بذلك عن مسابقة المادة ٨٤٠ من التقنين المدني الجديد ، إلى مسابقة المادة ٥٥٢/٤٥٦ من التقنين المدني السابق . والغريب بعد ذلك أن تقول المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال : « وتضيف المادة ذاتها (م ٤٠ من قانون الولاية على المال) .. أنه في حالة القسمة القضائية تصدق المحكمة الابتدائية التي تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأموال إلى حصص ، وأن لهذه المحكمة أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم في جلسة تحدد لهذا الغرض عند الاقتضاء . وإذا رفضت المحكمة التصديق ، تعين عليها أن تقسم الأموال إلى حصص على الأسس التي تراها صالحة بعد دعوة الخصوم ، وبديهي أن الحكم الذي تصدره المحكمة بوصفها محكمة استئنافية في تكوين الحصص يقوم مقام التصديق المتقدم ذكره . وقد فصلت الأحكام المتقدم ذكرها إعمالا للإحالة المشار إليها في المادة ٨٤٠ من القانون المدني ، وهي التي تقضي بأنه إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية ، وجب تصديق المحكمة على القسمة بعد أن يصبح الحكم نهائيا ، وذلك وفقا لما يقرره القانون » . فهذا التعارض بين ما تنص عليه المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال وما تنص عليه المادة ٨٤٠ من التقنين المدني ، وهذا القول بأن المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال إنما تعميل الإحالة المشار إليها في المادة ٨٤٠ من التقنين المدني ،

مما يدعو إلى الحيرة . وكان الواجب أن المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال ، إذا أرادت حقا أعمال الإحالة على المادة ٨٤٠ من التقنين المدني ، أن تقضى بأن الذي تصدق عليه المحكمة هو حكم القسمة لا قسمة الأموال إلى حصص . والآن بعد أن وقع عدم الاتساق هذا ، وإلى أن تعدل المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال تعديلا يجعلها تتسق مع المادة ٨٤٠ مدني ، لا نأص من القول بأن المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال نسخت ماتقدمها من نصوص تتعارض معها ومنها المادة ٨٤٠ مدني (١) .

وعلى ذلك يجب القول إنه في حالة تقسيم المال إلى حصص ، إذا كان بين الشركاء غائب أو شخص لم تتوافر فيه الأهلية وليس له أب (٢) ، يتعين أن تصدق المحكمة الابتدائية التي تتبعها محكمة القسمة ، لا على الحكم بالقسمة في مرحلته النهائية ، بل على قسمة المال إلى حصص . وللمحكمة عند الاقتضاء أن تدعو الشركاء ومعهم النائب عن المحجور لسماع أقوالهم ، ولها أن ترفض ما أقرته المحكمة الجزئية (محكمة لقسمة) من قسمة المال إلى حصص ، وأن تعين أسسا أخرى تراها أصح لقسمة المال إلى حصص . وإذا قامت منازعة في شأن تكوين الحصص ، وفصلت فيها المحكمة الجزئية ، واستوتفت حكمها أمام المحكمة الابتدائية (٣) (أي نفس المحكمة التي تصدق على قسمة المال إلى حصص) ، فمن البديهي أن حكم المحكمة الابتدائية الصادر في هذا الاستئناف يقوم مقام التصديق على قسمة المال إلى حصص ، إذ تكون المحكمة بوصفها محكمة استئنافية قد نظرت نفس المسألة التي كانت تنظرها بوصفها محكمة التصديق (٤) .

(١) إذ تنص المادة ٢ من قانون إصدار قانون الولاية على المال على أن « يلغى الكتاب الأول من قانون المحاكم الحسبية الصادر بالقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ ، وكذلك يلغى كل ما كان مخالفا للأحكام المقررة في النصوص المرافقة لهذا القانون » .

(٢) أما إذا كان وليه الشرعي هو الجد ، فقد قدمنا أن الجد لا يملك وحده قسمة مال محجوره ، بل لابد من استئذان محكمة الولاية على المال (انظر آتفا فقرة ٤٣ هـ في الهامش) . ومن ثم يدخل القاصر ، إذا كان وليه الشرعي هو الجد لا الأب ، في حكم القاصر الذي ليس له ولي بل له وصي ، ومن ثم يجب التصديق على قسمة ماله .

(٣) انظر آتفا فقرة ٥٦٠ هـ .

(٤) انظر في ذلك محمد علي عرفة فقرة ٣٢٨ - حسن كيرة فقرة ١٤٤ ص ٤٨٨ - وقارن إسماعيل غانم فقرة ٩٦ ص ٢٢٣ هامش ١ .

هذا إذا جرت القسمة عن طريق قسمة المال إلى حصص . أما إذا جرت عن طريق التجنيب حيث لا يقسم المال إلى حصص ، فلا مجال لتطبيق المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال إذ أن هذه المادة مقصورة على قسمة المال إلى حصص . فهل يمكن تطبيق المادة ٨٤٠ مدني ، والقول بأن المحكمة الابتدائية تصدق ، في حالة القسمة عن طريق التجنيب ، على حكم القسمة نفسه ؟ الظاهر أن المادة ٨٤٠ مدني ، عندما أوجبت تصديق المحكمة ، أحوالت على قانون خاص ينظم هذا التصديق إذ تقول : « وذلك وفقا لما يقرره القانون » . فإذا توخينا الدقة ، وجب الرجوع في ذلك إلى قانون الولاية على المال وهو القانون الذي ينظم تصديق المحكمة . ولما كانت المادة ٤٠ من هذا القانون تتكلم عن التصديق على قسمة المال إلى حصص ، جاز القول بأن ما يقابل قسمة المال إلى حصص في القسمة بالاقتراع هو تجنيب أنصبة الشركاء في قسمة التجنيب ، فيجب التصديق على تجنيب أنصبة الشركاء قياسا على التصديق على قسمة المال إلى حصص . ولما كان تجنيب أنصبة الشركاء يختلط من الناحية العملية بحكم القسمة ، ولا يفصل بينهما الاقتراع كما هو الأمر في قسمة المال إلى حصص ، فإنه يصح القول ، من الناحية العملية دائما ، إنه في حالة القسمة عن طريق التجنيب تصدق المحكمة الابتدائية على حكم القسمة الصادر من المحكمة الجزئية بتجنيب أنصبة الشركاء (١) .

المطلب الثالث

تدخل الدائنين في القسمة حماية لصالحهم

٥٦٣ - نص قانوني : تنص المادة ٨٤٢ مدني على ما يأتي :

« ١ - للدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تم القسمة حينما ، أو أن يباع المال بالزاد ، بغير تدخلهم . وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء . ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات ، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم . ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة » .

(١) انظر حسن كيرة فقرة ١٤٤ ص ٤٨٨ .

« ٢ - أما إذا تمت القسمة ، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يقطعوا عليها إلا في حالة الغش » (١) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٥٥٧/٤٦٠ - ٥٥٩ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

م ٧٩٦ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٤٦ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٠٧١

/ ٣ - وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني م ١/٩٤٢ و ٩٤٣ - ٩٤٥ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢١٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع كان خاليا في آخر الفقرة الأولى من عبارة « ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدين حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩١٣ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب أضيفت إلى آخر الفقرة الأولى عبارة « ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدين حقوقهم في الإجماعات » ، وذلك « حفاظا لحقوق الدائنين المسجلين حتى لا تهم قسمة المال الشائع في هيبتهم » ، وأصبح رقم المادة ٩١١ . وفي لجنة مجلس الشيوخ مثل عن المادة بالدائنين ، فأجيب بأنهم الدائنون المقيدين حقوقهم قبل القسمة ، فأضيفت عبارة « قبل رفع دعوى القسمة » بعد حذف عبارة « في الإجراءات » في آخر الفقرة الأولى . « وقد أريد بذلك - كما ورد في تقرير اللجنة - قصر التزام الشركاء في إدخال الدائنين المقيدين على من قيدت حقوقهم قبل رفع الدعوى - حيث يمكن معرفتهم عند ذلك ، ولتفادي تعرض إجراءات القسمة للبطلان إذا لم يدخل الشركاء دائنين مقيدين مع أن ديونهم لم تقيد إلا خلال الإجراءات أو عندما تشرف على النهاية . ومع ذلك فلا ضرر على هؤلاء الدائنين من هذا النص ، لأن لهم الحق دائما في التدخل في الإجراءات من تلقاء أنفسهم » . ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل ، وأصبح رقمه ٨٤٢ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٨ - ص ١٢٢) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٥٥٧/٤٦٠ - ٥٥٩ : يجوز لأبواب الديون الشخصية التي على أحد الشركاء أن يعارضوا في إجاء القسمة عينا وفي بيع المال بغير دخله لم في ذلك . ويكفي إجراء المعارضة المذكورة بين أيدي الشركاء الآخرين ، ويترتب على حصولها ملزمة هؤلاء الشركاء بأن يطلبوا حضور الدائنين المعارضين في كافة الإجراءات المتعلقة بالقسمة أو بالبيع ، وإلا كان العمل لاغيا .

(ويتفق حكم التقنين السابق مع حكم التقنين الجديد ، فيما عدا أن التقنين السابق كان لا يلزم إدخال الدائنين المقيدين قبل القسمة إلا إذا عارضوا) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٩٦ : ١ - لدائني كل شريك أن يعارضوا في القسمة عينا أو في بيع -

ونقول بادئ ذي بدء إن النص سالف الذكر يوحي بأن تدخل الدائنين في القسمة حماية لمصالحهم إنما هو مقصور على القسمة القضائية ، دون القسمة الاتفاقية . صحيح أن المشروع التمهيدى للنص لا يفرق بين القسمة القضائية والقسمة الاتفاقية فيجوز أن ينطبق على هذين النوعين من القسمة ، إذ أن للعبارة الأخيرة من الفقرة الأولى : « وهى التى تصرح بدعوى القسمة » ، لم تكن موجودة . ومع ذلك يفهم من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لهذا النص

المال بالمزاد العلنى بغير تدخلهم . وتكون المعارضة في حالة القسمة القضائية بتدخل الدائنين في المحكمة أو أمام دائرة التنفيذ ، وفي حالة القسمة الرضائية بإفذار رسمى يبلغ إلى جميع الشركاء . ويرتب على الشركاء أن يدعوا من عارض من الدائنين إلى جميع الإجراءات ، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم . ويجب على كل حال إدخال الدائنين المسجلة حقوقهم في السجل العقارى قبل رفع دعوى القسمة . ٢ - أما إذا تمت القسمة ، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا إلا في حالة الغش .

(وأحكام النص السورى تتفق في مجموعها مع أحكام النص المصرى ، ويصرح النص السورى بأنه يشمل القسمة القضائية والقسمة الاتفاقية) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٤٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٣/١٠٧١ : لدائنى كل شريك أن يطعنوا بالقسمة ، إذا كان فيها غش أو بغير مصلحة لهم . (ولم يورد التقنين العراقى نص التقنين المصرى ، وإنما أورد حكماً هو مجرد تطبيق للقواعد العامة) .

قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٩٤٣ : يحق لدائنى الشركة أو لدائنى أحد الشركاء المتقاسمين المصاب بإضرار أن يعارضوا في إجراء القسمة أو بيع المال المشترك بالمزاد في غيابهم . ويمكنهم التدخل على نفقتهم . ويحق لهم أيضاً طلب إبطال القسمة إذا كانت قد أجريت بالغم من اعتراضهم . م ٩٤٤ : للشركاء المتقاسمين أو لأحدهم أن يرفعوا دعوى إبطال القسمة بإيقاع الدائن أو بإيداع المبلغ الذى يدعيه .

م ٩٤٥ : إن الدائنين الذين أرسلت إليهم الدعوة حسب الأصول ، ولم يحضروا إلا بعد الفراغ من القسمة ، لا يحق لهم أن يطالبوا بإبطالها . على أنه إذا لم يترك مبلغ كاف لإيفاء ديونهم ، حق لهم أن يستوفوا حقوقهم من الملك المشترك إذا كان قد بقى منه جزء لم تج عليه القسمة ، وإلا جاز لهم مدعاة الشركاء المتقاسمين على القدر المعين بمقتضى نوع الشركة ، سواء أكانت شركة عقد أم شركة ملك - وانظر أيضاً م ١/٩٤٢ معدلة وتوجب إدخال أصحاب الحقوق العينية المقيدة حقوقهم في السجل العقارى قبل رفع الدعوى .

(وأحكام القانون اللبناني متفقة في مجموعها مع أحكام القانون المصرى ، والقانون اللبناني يريد بعبارة « إبطال القسمة » (م ٩٤٤) جعلها غير نافذة في حق الدائنين - النظر حسن كيرة في الحق في العينية الأصلية في القانون المدنى اللبناني المقارن مذكرات غير مطبوعة سنة ١٩٦٥ ص ٢١٤ - ص ٢١٥) .

قصر تدخل الدائنين على القسمة القضائية دون القسمة الاتفاقية ، إذ ورد في هذه المذكرة ما يأتي : « أما إذا تمت التمسمة دون تدخل من الدائنين ، أو كانت القسمة عقداً ، فليس للدائنين أن يطعنوا في القسمة إلا بطريق الغش في الحالة الأولى ، أو بطريق الدعوى البوالية في الحالة الثانية »^(١) . ولكن ما ورد في المذكرة الإيضاحية في هذا الشأن ليس من شأنه أن يقيد من إطلاق النص . وقد أضيفت في لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب ، إلى آخر الفقرة الأولى ، العبارة الآتية : « ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم في الإجراءات » . والعبارة على هذا النحو يمكن أن تنطبق على القسمة الاتفاقية انطباقها على القسمة القضائية ، فبقي النص غير متمحض للقسمة القضائية . ولكن وقع بعد ذلك في لجنة مجلس الشيوخ أن عدلت — بطريقة عارضة — العبارة المضافة فأصبحت : « ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة » ، وكاد النص بهذا التعديل يتمحض للقسمة القضائية^(٢) . ولما كانت القسمة القضائية ليست أولى من القسمة الاتفاقية بتدخل الدائنين ، بل لعل القسمة الاتفاقية وهي خالية من ضمانات القسمة القضائية أخرج إلى هذا التدخل ، لذلك يحسن التوسع في تفسير النص بما يجعله شاملاً للقسمة القضائية وللقسمة الاتفاقية . ويدعى من الدائنين المقيدين ، في القسمة الاتفاقية ، الدائنون المقيدون قبل إبرام هذه القسمة ، قياساً على دعوة الدائنين المقيدين قبل رفع دعوى القسمة في حالة القسمة القضائية^(٣) . وليس في مبادئ تفسير النصوص التشريعية ما يمنع من هذا التوسع ، ما دامت حكمة تدخل الدائنين في القسمة القضائية متوافرة تماماً ، بل هي أكثر توافراً في القسمة الاتفاقية كما قدمنا . هذا إلى أن نص المادة ٨٨٢ من التقنين المدني الفرنسي ، وهو النص الذي استقى منه نص المادة ٨٤٢ من التقنين المدني المصري ، لا يخلاف في انطباقه على كل من القسمة القضائية والقسمة الاتفاقية^(٤) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٠ .

(٢) انظر آنفاً نفس الفقرة ص ٩٣٤ هامش ١

(٣) قارن إسماعيل غانم فقرة ١٠٠ ص ٢٣٢ هامش ١ .

(٤) انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ١٠٠ ص ٢٣٢ — ص ٢٢٣ — وانظر عكس ذلك محمد علي عرفة فقرة ٣٣٠ ص ٤٤٠ — محمد كامل — ص ٢ فقرة ١٢٣ — عبد المنعم الجبري —

ونبحث في صدد النص سالف الذكر ، متوسماً في تفسيره على الوجه الذى قدمناه ، مسألتين : (١) موقف الدائنين قبل اتمام القسمة . (٢) موقف الدائنين بعد اتمام القسمة .

§ ١ - موقف الدائنين قبل اتمام القسمة

٥٦٤ - مصالح الدائنين المراد ممايتها : قصد بنص المادة ٨٤٢ مدنى حماية مصالح دائنى الشركاء عند قسمة المال الشائع ، سواء كانت القسمة قضائية أو اتفاقية على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم ، وسواء كانت القسمة كلية أو جزئية . قسمة عيذية أو قسمة تصفية .

والدائنون هنا هم دائنو كل شريك . ويستوى أن يكون دائن الشريك دائناً شخصياً أو دائناً ذا حق مقيد ، كما يستوى أن يكون الحق المقيد واقعاً على المال الشائع المراد قسمته أو واقعاً على غيره من أموال الشريك (١) . فالدائن ، على هذا النحو ، يعنيه أن تتم القسمة دون إضرار بمصالحه . فيعنيه مثلاً ألا يعتمد الشركاء ، حين يقتسمون المال ، أن يوقعوا في نصيب مدينه أعيانا منقولة أو نقوداً يسهل على المدين تهريبها من تنفيذ الدائن عليها . ويعنيه كذلك ألا يقع في نصيب مدينه أموال قيمتها أقل من القيمة الحقيقية لحصته ، فيقل بذلك ضمان الدائن . ويعنيه أيضاً : إذا اتفق الشركاء على بيع المال الشائع أو كان المال الشائع ذاته لا يقبل القسمة فيتعين بيعه وهذه هي قسمة التصفية ، ألا يقصر البيع على الشركاء فلا يدخل فيه أجنبي ، فإن دخول أجنبي في البيع أدعى لارتفاع الثمن الذى يرسو به المزاد ، فينتفع الدائر بذلك . ويعنيه بوجه خاص ألا يعتمد الشركاء إيقاع الجزء المقرز من المال الشائع المرهون للدائن في نصيب شريك آخر غير الشريك الراهن . فيجد

= فقرة ١٥٨ من ١٩٠ - حسن كيرة فقرة ١٣٩ من ١٧١ هامش ١ - عبد المنعم فاج الصدة فقرة ١٤٤ من ١٩٦ .

(١) ويجوز أن يكون حق الدائن مقترناً بأجل أو معلقاً على شرط . ولا يعتبر دائناً من يدعى استحقاق المال الشائع ، وليست له مصلحة في التدخل في القسمة إذ هي غير نافذة في حقه إذا أثبت استحقاقه (بودرى وقال في المواريث ٣ فقرة ٣٢٦٢) .

الدائن بذلك حق الرهن الذي له قد تحول من المال الذي قصد ارتهانه إلى مال آخر لم يكن له في حساب . هذه جملة من المصالح للدائن الشريك ، هي وأمثالها تدفعه إلى التدخل في القسمة حتى يراقب إجراءاتها ، فيمنع تواطؤ الشركاء على الإضرار بمصلحته . أو تقصير مدينه في دفع الغبن عن نفسه فيلحقه الغبن هو أيضاً تبعاً لذلك .

٥٦٥ - للدائن من المعارضة ومن التدخل : إذا عرف الدائن أن

لمدينه حصة في مال شائع . وأراد أن يصطنع الحيلة في أمره ، فعليه أن يرسل لمدينه ولسائر شركاء هذا المدين في الشروع معارضة في أن تم قسمة هذا المال الشائع . سواء عن طريق القسمة العينية أو عن طريق التصفية . بغير تدخله . ولم يشترط القانون شكلاً خاصاً لهذه المعارضة ، والأفضل أن تكون إنذاراً على يد محضر . ولكن يصح أن تكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، بل يصح أن تكون شفوية ولكن الدائن يحمل عبء الإثبات (١) . والمهم أن توجه المعارضة إلى جميع الشركاء في المال الشائع ، ويدخل فيهم الشريك المدين (٢) . وميعاد توجيه المعارضة على هذا النحو لم يحدده القانون ، فيصح أن يكون بمجرد علم الدائن بأن للمدين حصة في مال شائع ، ويبقى حق الدائن في المعارضة إلى أن تم قسمة هذا المال (٣) . والمعارضة عمل من الأعمال التحفظية ، فيكفي

(١) وتعتبر معارضة كافية أن يحصل من مدينه أو من أى شريك آخر على وعد بألا تجرى قسمة المال الشائع بدون تدخل الدائن ، بشرط أن يعلن الدائن هذا الوعد إلى جميع الشركاء (بودرى وقال في الموارد ٣ فقره ٣٢١٤ ص ٥٥٦) . ولا يكفي ، في اعتبار المعارضة ، بمجرد علم الشركاء بدائن شريكهم (السين ٢١ مارس سنة ١٨٨٢ جازيت دى باليه سنة (٨١ - ٨٢) ٢٠ - ١٣) . ولكن إذا تعهد المدينون الشركاء لدائنهم ، في عقد المديونية ، بأن يدعووه للتدخل في قسمة المال الشائع ، قام هذا التعهد مقام المعارضة بالنسبة إلى هؤلاء الشركاء (الجزا ٢٣ يناير سنة ١٨٩٣ سيرة ٩٣ - ٢ - ٢٨٤) .

(٢) وإذا وجهت المعارضة إلى بعض الشركاء دون بعض . لم يكن لها أثر بالنسبة إلى الشركاء الذين وجهت إليهم المعارضة ، لأن القسمة لا تنجزأ (هيك ٥ فقره ٣٠٠ - بودرى وقال في الموارد ٣ فقره ٣٢١٦) .

(٣) ولا تعتبر القسمة قد تمت إذا صدر حكم بتعيين خبير ، أو بيع المال الشائع ، أو بتكوين الحصص إذا لم يجر الاقتراع ، أو بصدور حكم القسمة إذا لم تكن المحكمة الابتدائية قد صدقت عليه في الحالات التي يجب فيها ذلك (بودرى وقال في الموارد ٣ فقره ٣٢٢٠) .

أن تتوافر في الدائن أهلية القيام بهذه الأعمال (١) .

ومتى وصلت المعارضة إلى جميع الشركاء ، تعين عليهم ، إذا هم عملوا إلى اقتسام المال الشائع ، أن يدخلوا الدائن المعارض في جميع إجراءات القسمة ، سواء كانت القسمة قضائية أو اتفاقية . وسواء كانت قسمة عينية أو قسمة تصفية ، كما سبق القول .

وهناك طائفة من الدائنين ، هم الدائنون المقيدة حقوقهم ، يجب على الشركاء إدخالهم في إجراءات القسمة دون حاجة إلى أن يوجه هؤلاء الدائنون معارضة إلى الشركاء . فالدائن المرتهن رهنا رسمياً أو رهنا حيازياً للمال الشائع ، والدائن الذى له حق اختصاص أو حق امتياز على المال الشائع ، إذا قيد هؤلاء حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة في حالة القسمة القضائية ، أو قبل إبرام عقد القسمة في حالة القسمة الاتفاقية ، يكونون بهذا القيد معروفين من الشركاء ، فليسوا إذن في حاجة إلى أن يوجهوا إلى الشركاء معارضة . ويتعين على الشركاء ، دون معارضة ، أن يدخلوا هؤلاء الدائنين في إجراءات القسمة ، قضائية كانت أو اتفاقية . ويستوى مع هؤلاء الدائنين المقيدة حقوقهم شخص اشترى من شريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع ، وسجل عقد البيع ، فهذا أيضاً يصبح دائناً بالضمان ، ومن ثم يجب على الشركاء إدخاله في إجراءات القسمة متى كان قد سجل عقده ، وليس في حاجة إلى توجيه معارضة إلى جميع الشركاء .

وسواء صدرت معارضة من الدائن على الوجه الذى بسطناه أو لم تصدر ، وسواء كان للدائن حق مقيد أو لم يكن . فإنه بمجرد أن يباشر الشركاء قسمة المال الشائع يجوز للدائن ، إذا علم بذلك ، أن يتدخل من تلقاء نفسه دون دعوة من الشركاء في إجراءات هذه القسمة . فإذا كانت القسمة اتفاقية ، جاز للدائن أن يتقدم إلى الشركاء متدخلًا في القسمة ، طالبا مثلاً أن يراقب أعمال الخبير الذى قد يكون الشركاء عينوه لإجراء القسمة ، أو أن يتابع مراحل المفاوضات فيما بين الشركاء إلى أن يبرموا عقد القسمة ، أو أن يتثبت فيما إذا اتفق الشركاء على بيع المال الشائع بالمزاد من أنه حصل إعلان كافٍ عن البيع

(١) بودرى وقال في المواريث ٣ فقرة ٣٢٢٥ .

ومن أن إجراءات البيع سليمة ، وما إلى ذلك . أما إذا كانت القسمة قضائية ، فإن سبيل الدائن إلى التدخل في إجراءاتها من تلقاء نفسه هو السبيل المقرر في تقنين المرافعات . وقد نصت المادة ١٥٣ من هذا التقنين على أنه « يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى منضماً لأحد الخصوم ، أو طالباً بالحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى » . فلا توجد إجراءات خاصة لتدخل الدائن في دعوى القسمة ، بل هي الإجراءات المقررة بوجه عام في تقنين المرافعات . ومن ثم يكون تدخل الدائن في دعوى القسمة بصحيفة تعلن للشركاء قبل يوم الجلسة ، أو بطلب يقدم شفاهاً في الجلسة في حضورهم ويثبت في محضرها ، ولا يقبل التدخل بعد إقفال باب المرافعة (م ١٥٤ مرافعات) . وإذا تدخل الدائن في دعوى القسمة ، فله أن يراقب جميع الإجراءات ليحترز من أن يتواطأ الشركاء على الإضرار بمصلحته ، أو أن يلمحق الشريك المدين الغبن بنفسه عمداً أو تقصيراً ، وله أن يعترض في حالة تقرير المحكمة بيع المال الشائع على أن يكون البيع مقصوراً على الشركاء وحدهم خشية من تواطؤهم على إرساء المزاد على أحدهم بثمن بخس ، وأن يطلب فتح باب المزايدة لأجانب من الشركاء حتى يصلوا بالثمن إلى أعلى مقدار ممكن (١) .

٥٦٦ - الأثر الذي يترتب على معارضة الدائن أو على ترده :

يترتب على معارضة الدائن أو على تدخله على النحو الذي بسطناه أن يصبح الدائن طرفاً في جميع إجراءات القسمة منذ معارضته أو منذ تدخله ، فلا تجوز مباشرة هذه الإجراءات إلا في مواجهته . ومن ثم لا تجوز مباشرة إجراءات بيع المال الشائع في المزاد ، ولا تعيين خبير لتكوين الحصص ، ولا الفصل في المنازعات المتعلقة بإجراءات القسمة ، ولا إجراء القرعة ، ولا تجنب أنصبه الشركاء المقرزة ، ولا التصديق على حكم القسمة ، في غير مواجهة الدائن (٢) . ولكن لا يجوز للدائن طلب بيع المال في المزاد بدلاً من قسمته عينا ، إذا كانت القسمة العينية ممكنة دون ضرر كبير يلحق قيمة المال الشائع . كذلك

(١) محمد علي عرفة فقرة ٣٣١ من ٤٤١ .

(٢) استئناف تلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١١ - ١٨ فبراير سنة ١٩١٥

لا يجوز للدائن أن يطلب أن تكون القسمة قضائية ، إذا كان جميع الشركاء راضين بجعلها قسمة اتفاقية . ولا يجوز للدائن أن يمنع مدينه من التصرف في حصته أو ترتيب حقوق عينية عليها . فإن المعارضة أو التدخل ليس من شأنه أن يجعل حصة الشريك المدين غير قابلة للتصرف فيها ، مع احتفاظ الدائن بحقه في الدعوى البولصية .

ويتحمل الدائن وحده نفقات معارضته ونفقات تدخله .

§ ٢ - موقف الدائنين بعد إتمام القسمة

٥٦٧ - فروصه ثلثة : بعد إتمام القسمة يمكن تصور فروض ثلاثة :
(الفرض الأول) أن يكون الدائن قد تدخل فعلا في إجراءات القسمة ، سواء عقب معارضة وجهها إلى الشركاء المتقاسمين فأدخله هؤلاء الشركاء في هذه الإجراءات : أو لأنه تدخل من تلقاء نفسه دون دعوة من الشركاء .
(الفرض الثاني) أن يكون الدائن لم يدع للتدخل في إجراءات القسمة ، بالرغم من المعارضة التي وجهها إلى الشركاء جميعا ، أو بالرغم من أن له حقا مقبدا .

(الفرض الثالث) أن يكون الدائن لم يتدخل في إجراءات القسمة لأنه لم يعارض ، أو عارض (أو كان له حق مقيد) ودعى إلى التدخل فلم يتدخل .

٥٦٨ - الفرصه الأول - تدخل الدائن فعلا في إجراءات القسمة :
مادام الدائن قد تدخل فعلا في إجراءات القسمة ، بناء على معارضته أو بناء على تدخله من تلقاء نفسه . فقد أعطى الفرصة الكافية لمراقبة إجراءات القسمة ، ولينع تواطؤ الشركاء على الإضرار بمصلحته . فإذا تمت القسمة ، فليس لهذا الدائن أن يعترض عليها . ولا يجوز له بوجه خاص أن يطعن فيها بالدعوى البولصية ، فقد حل تدخله في القسمة محل هذه الدعوى (١) .

٥٦٩ - الفرصه الثاني - عدم إدخال الدائن في إجراءات القسمة بالرغم من معارضته أو بالرغم من أنه له حقا مقيدا : أما إذا وجه للدائن معارضته إلى جميع الشركاء أو كان له حق مقيد ، وبالرغم من ذلك لم

(١) ديمواوب ١٧ - فقرة ٢٢٨ - بودري وقال في الموارد ٣ بقرة ٢٢٣٦ .

يدع إلى التدخل في إجراءات القسمة . ولم يتدخل هو من تلقاء نفسه ، فإن الشركاء يكونون قد خالفوا القانون في عدم دعوة الدائن إلى التدخل في إجراءات القسمة بعد أن وجه إليهم جميعا معارضة في أن تم القسمة دون تدخله ، أو بعد أن قيد حقه قبل رفع دعوى القسمة أو قبل إبرام عقد القسمة .

وجزاء ذلك هو ما تقول الفقرة الأولى من المادة ٨٤٢ ملنى ، فيما رأينا ، من أن تكون « القسمة غير نافذة في حقهم » أى في حق الدائنين الذين عارضوا أو الذين لم حقوق مقيمة . فالقسمة إذن تكون غير نافذة في حق هؤلاء الدائنين ، وذلك دون حاجة إلى أن يثبتوا تواطؤ الشركاء ، بل ودون حاجة إلى أن يثبتوا غش الشريك المدين . فمجرد عدم دعوتهم إلى التدخل بعد أن عارضوا ، أو بعد أن قيدوا حقوقهم ، كاف لجعل القسمة غير نافذة في حقهم ، ماداموا لم يتدخلوا فعلا في القسمة . ولكن يجب مع ذلك على الدائن أن يثبت أن القسمة قد عادت عليه بالضرر . ويكفى لإثبات الضرر أن يثبت الدائن مثلا أن القسمة لم تضع في نصيب الشريك المدين إلا أموالا منقولة أو نقودا يسهل تهريبها ، أو جعلت هذا الشريك دائنا في القسمة بمعدل الشريك معسر ، أو جعلت نصيب هذا الشريك أقل من قيمة حصته الحقيقية ، أو لم توقع في نصيب هذا الشريك المال الذى ارتبته الدائن بل أوتعت هذا المال في نصيب شريك آخر . أما إذا بيع المال الشائع في المزاد واقتسم ثمنه ، فليس هناك ضرر لحق الدائن إذا لم يثبت أن المال الشائع قد بيع بثمن أقل كثيرا من قيمته الحقيقية .

ومتى أثبت الدائن الضرر الذى لحقه من القسمة ، وأصبحت القسمة غير نافذة في حقه ، عاد المال إلى الشروع بالنسبة إلى هذا الدائن . ومن ثم يجوز طلب قسمة المال من جديد لتكون القسمة نافذة في حق الدائن ، ويجوز أن يطلب القسمة أى شريك حتى الشريك المدين ، كما يجوز أن يطلبها الدائن باسم هذا المدين .

ويجوز للدائن أن يقتصر ، بدلا من إعادة طلب القسمة ، على مطالبة الشركاء جميعا متضامنين بتعويض الضرر الذى لحقه من القسمة ، على أساس الخطأ الذى ارتكبه الشركاء في عدم دعوة هذا الدائن إلى التدخل . كما

يجوز للشركاء أن يفوا الدائن حقه ، فلا تصبح له مصلحة في الطعن في القسمة ، ويرجع الشركاء الذين دفعوا الدين على شريكهم المدين .

وإذا كان للشريك المدين وجه للطعن في القسمة ، كأن يطعن فيها بالغبن أو بالغلط أو بالإكراه أو بالتدليس أو بغير ذلك من وجوه الطعن ، جاز للدائن أن يستعمل حق مدينه فيطعن في القسمة عن طريق الدعوى غير المباشرة^(١).

٥٧٠ - الفرض الثالث - عدم تدخل الدائن في القسمة لأثره

يعارض أو بالرغم من دعوته إلى التدخل : بقی الفرض الأخير ، وهو أن يكون الدائن لم يتدخل في القسمة ، إما لأنه لم يعارض . أو عارض (أو كان له حق مقيد) ودعى إلى التدخل فلم يتدخل بالرغم من دعوته إلى ذلك . وهذا الفرض هو الذي نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٨٤٢ ملغى ، فيما رأينا ، إذ تقول : « أما إذا تمت القسمة ، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا في حالة الغش » .

وفي هذا الفرض يكون الدائن إما غير مقصر إذا هو لم يعلم بالقسمة فلم يعارض ، أو يكون مقصراً إذا هو دعى إلى التدخل لمعارضته أو لأن حقه مقيد ومع ذلك لم يتدخل . وفي جميع هذه الأحوال ، مقصراً كان الدائن أو غير مقصر ، إذا تمت القسمة دون أن يتدخل في إجراءاتها ، فإن الشركاء لا ذنب لهم في ذلك . فالدائن لم يعارض ولم يكن حقه مقيداً . ولذلك لا ذنب للشركاء إذا لم يدعوه للتدخل . أو دعاه الشركاء إلى التدخل لأنه عارض أو كان حقه مقيداً . فلا ذنب لهم أيضاً إذا كان هو لم يتدخل . ومن أجل ذلك تكون القسمة نافذة في حق الدائن . إلا إذا طعن هذا فيها بالدعوى البوائية ، فأثبت غش المدين وتواطؤ سائر الشركاء معه ، وفقاً للقواعد المقررة في هذه الدعوى^(٢).

وإذا كانت القسمة قضائية ، وصدر حكم بالقسمة . جاز للدائن أن يطعن في هذا الحكم بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة على الحكم الصادر فيها .

(١) بودرى وقال في المواريث ٣ فقرة ٣٢٤٤ وفقرة ٣٢٥٦ .

(٢) استئناف مغلط ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ من ٣٠٠ - ٢٥ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢

وتنص المادة ٤٥٠ / ١ مرافعات في هذا الصدد على أنه « يجوز لمن يعتبر الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ، ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها ، أن يعترض على هذا الحكم بشرط إثبات غش من كان يمثله أو تواطؤه أو إهماله الجسيم » . والمطلوب من الدائن في الفرض الذي نحن بصدده أن يثبت تواطؤ الشريك المدين مع سائر الشركاء كما سبق القول ، أما في اعتراض الخارج عن الخصومة فيكتفى من المدين أن يثبت غش المدين الشريك أو إهماله الجسيم .

ويختلف القانون الفرنسي عن القانون المصري في هذه المسألة . ففي القانون الفرنسي لا يجوز في الفرض الذي نحن بصدده أن يطعن الدائن في القسمة حتى بالدعوى البولصية ، سواء كان الدائن مقصراً أو غير مقصر . مادام الشركاء أنفسهم لم يقصروا . وقد أُملي على القانون الفرنسي هذا الحكم حرصه على استقرار القسمة بعد تمامها ، فلا تعود عرضة للطعن فيها دون أن يكون هناك مبرر لذلك من تقصير الشركاء . وقد أعطى القانون الفرنسي الدائن الفرصة في منع الغش في صورة وقائية ، بأن جعل له الحق في التدخل في القسمة قبل تمامها ، وذلك بدلا من إعطائه الحق في الطعن فيها بعد تمامها بالدعوى البولصية . فمادام الدائن لم يتدخل ، ولو كان ذلك عن غير تقصير منه مادام الشركاء أنفسهم لم يقصروا ، فليس له بعد ذلك أن يطعن في القسمة ولو بالدعوى البولصية . ولكن يجوز ، حتى في القانون الفرنسي ، الطعن في القسمة بالصورية ، وكذلك الطعن فيها بالغش ، إذا بمجل الشركاء بالقسمة تعجيلا غير مألوف ، وتعمدوا إخفاء ذلك عن الدائن لإضراراً بمصالحه . وفي جميع الأحوال التي يحق فيها للدائن الطعن في القسمة ، يجوز له . بدلا من الطعن فيها ، أن يرجع بالتعويض على الشركاء متضامنين لما ارتكبوه من خطأ^(١) .

(١) انظر في القانون الفرنسي في هذه المسألة بودري وفال في المواريث ٣ فقرة ٣٢٤٧ - فقرة ٣٢٥٤ .

وانظر في قسمة الأعيان التي انتهى فيها الوقف إسباعيل غانم فقرة ١٠٥ - فقرة ١٠٨ .
وانظر في قسمة الوقف محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٥٠ .

المبحث الثاني

الآثار التي تترتب على القسمة

٥٧٦ — يياره هذه الآثار : أهم أثر يترتب على القسمة هو إفراز حصة الشريك في المال الشائع ، وما يصاحب ذلك من أثر كاشف .
والأثر الثاني هو ضمان المتقاسمين بعضهم لبعض ما قد يقع لأى منهم من تعرض أو استحقاق في نصيبه المفرز لسبب سابق على القسمة .
وهذان الأثران هما اللذان تتولى بحثهما هنا ، تاركين آثاراً أخرى ثانوية ، كالإلزام المتقاسم بدفع المعدل والتزام الراسى عليه مزاد المال الشائع بدفع الثمن الذى رسا به المزاد ، إلى حكم القواعد العامة ، فهذه القواعد هى التي تسرى في هذا الصدد .

ويترتب على القسمة أيضاً حق امتياز المتقاسم . فللشركاء الذين اقتسموا منقولاً حق امتياز عليه ، تأميناً لحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة ، وفي استيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل (م ١١٤٦ مدنى) . وكذلك للشركاء الذين اقتسموا عقاراً حق امتياز عليه ، تأميناً لما تخوله القسمة من حق في رجوع كل منهم على الآخرين ، بما في ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة (م ١١٤٩ مدنى) . ولكن حق امتياز المتقاسم على المنقول وعلى العقار يدخل في موضوع التأمينات العينية ، وسنتناوله بالبحث في الجزء العاشر من الوسيط مع سائر التأمينات .

المطلب الأول

الإفراز — الأثر الكاشف (*)

٥٧٢ — نص قانونى : تنص المادة ٨٤٣ مدنى على ما يأتى :

(*) مراجع : Edouard du Card في الأثر الكاشف للقسمة في الفناء القديم والقانون الحالى سنة ١٨٩٥ — Wahl في تطورات القضاء فيما يتعلق بالأثر الكاشف للقسمة (كتاب العيد المئوى ، — (٦٠))

« يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع
وأنه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص » (١).
ويقابل النص في التقنين المدني الوطني السابق المادة ٤٥٧ ، وفي التقنين
المدني المختلط المادة ٥٥٥ (٢).

— التقنين المدني الفرنسي ١ ص ٤٤٣ وما بعدها — Pilon في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٠٣
ص ٩١٧ وما بعدها — Desmetteaux في النظرية العامة للأثر الكاشف في القانون المدني الفرنسي
باريس سنة ١٩٠٨ — Oiraud في تقسيم الحقوق في المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٨ — Libret
في مصير الحقوق المترتبة على الأموال الشائعة في المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٨ — Hebraud في
المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٣٨ — Morel في تصفية المشاركة بين الزوجين والتركة
وقضيتها درو من لقمم الدكتوراه باريس سنة ١٩٤٩ — سنة ١٩٥٠ — حسن كبيرة في تصرف الشريك
في جزء مفروز من الشيء الشائع فصلة من مجلة كلية الحقوق للمدين الثالث والرابع لعام سنة ١٩٦٢ —
سنة ١٩٦٣ — منصور مصطفى منصور في تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من
تصرفات غيره في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية سنة ١٩٦٤ ص ٧٣ — ص ٢١٣ .

رسائل : Duedodon رسالة من جرينويل سنة ١٩٠٢ — Valentin رسالة من نانسى .
سنة ١٩٠٢ — Bondier رسالة من باريس سنة ١٩٠٣ — Lecat رسالة من ليل سنة ١٩٠٥ —
Le Ba رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ — Bondet رسالة من تولوز سنة ١٩٠٧ — Renou
رسالة من باريس سنة ١٩٠٧ — Simon رسالة من باريس سنة ١٩١٠ — Paillard في
الأثر الكاشف للقسمة في قانون الضرائب رسالة من باريس سنة ١٩١٢ — Gallet دراسة في
أفتراس الرجعية في القانون الفرنسي رسالة من پواتيه — Siesse رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ —
Querel في الطبيعة الافتراضية للمادة ٨٨٣ من التقنين المدني الفرنسي رسالة من ليون سنة ١٩٢٣ —
Leclore دراسة خرافية للقسمة . رسالة من باريس سنة ١٩٣٠ — Vincent في تقسيم حقوق
التركة وديونها بين الورثة رسالة من باريس سنة ١٩٣٠ — Chevallier في الأثر الكاشف
للاتفاقات والمقود رسالة من رن سنة ١٩٣٢ — Heber في نقل الحقوق في التركة رسالة من
باريس سنة ١٩٣٨ — Mouras رسالة من نانسى سنة ١٩٣٩ — Verone رسالة من ليل سنة
١٩٤٦ — Boyer في فكرة الصلح رسالة من تولوز سنة ١٩٤٧ — Merle في النظرية العام
لتصرف الكاشف رسالة من تولوز سنة ١٩٤٩ — Deprez رسالة من رن سنة ١٩٥٣ .

(١) تاريخ النص . رد هذا النص في المادة ١٢١١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق
لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩١٤ في المشروع
النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩١٢ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٤٣ (مجموعة
الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٣ — ص ١٢٤) .

(٢) التقنين المدني الوطني السابق م ٤٥٧ : « وكل حصة وقعت بموجب القسمة في نصيب
أحد الشركاء تعتبر أنها كانت دائما ملكا له قبل القسمة وبعدها ، ويعتبر أنه لم يملك غيرها من
الأموال التي قسمت .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٧٩٧ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٤٧ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٠٧٥ - وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٩٤٦^(١) .

ويتبين من هذا النص أن القسمة ، عندما تفرز نصيب كل شريك ، يكون لها أثر رجعي . ذلك أن الشريك يعتبر مالكا وحده لهذا النصيب المفرز من وقت أن تملك في الشيوع . فإذا كان قد تملك في الشيوع بالميراث اعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت موت المورث لا من وقت تمام القسمة ، وإذا كان قد تملك في الشيوع بالشراء اعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت الشراء لا من وقت تمام القسمة ، وإذا كان قد تملك في الشيوع باعتباره شريكا مال الشركة بعد حلها اعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت حل الشركة لا من وقت تمام القسمة ، وهكذا^(٢) . وفي مقابل ذلك لا يعتبر الشريك أنه قد تملك

— (وهذا النص يوافق نص التقنين المدني الجديد) .

التقنين المدني المختلط م ٥٥٥ : قسمة المال عينا تعتبر بمنزلة بيع كل من الشركاء حصته الشائعة قبل القسمة من وقت في نصيبه ، ويترتب عليها ما يترتب على البيع .
(وهذا النص يجعل للقسمة أثرا ناقلا لا أثرا كاشفا ، على خلاف التقنين المدني المسمى السابق والتقنين المدني الجديد) . ومع ذلك فقد جرى القضاء المختلط على أن يجعل للقسمة أثرا كاشفا : استئناف مختلط ٤ أ ب يل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٤٧ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ١٦ - ٢ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧٧ - ٢٩ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٦٤ - ١٢ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٣٨ - ٢٢ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٥٠ - ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٤١) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٩٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٤٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٧٥ : ترجع جهة الإفراز على جهة المبادلة في القسمة ، فيعتبر كل متقاسم أنه كان دائما مالكا للحصة المفروزة التي آلت إليه ، وأنه لم يملك قط شيئا من باقي الحصص . (وهذا النص يوافق نص التقنين المدني الجديد) .

قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٩٤٦ : يعد كل متقاسم كأنه مالك في الأصل للأشياء التي خرجت في نصيبه أو التي اشتراها بالمرزاد عند بيع المال المشترك ، وكأنه لم يكن مالكا لسائر الأشياء . (وهذا النص يوافق نص التقنين المدني الجديد) .

(٢) ويستوي في ذلك أن يكن الشريك قد دخل منذ بدء الشيوع ، أو دخل بعد ذلك بأذن . فذلك له شريك في الشيوع عن حصته النائعة (بودي وقال في المواد ٣ فقرات ٣٣٨٩) .

في أي وقت أي مال آخر مفرز وقع في نصيب أي شريك آخر ، فلا يعتبر أنه قد تملك ولو حصة شائعة في هذا النصيب المفرز الذي تملكه الشريك الآخر . وهذه هي النظرة التقليدية لأثر القسمة ومنها يتبين أن ليس للقسمة أثر كاشف (effect déclaratif) فحسب ، أي أنها لا تقتصر على أن تكشف عما يملكه الشريك مفرزاً في المال الشائع ، بل لها أيضاً أثر رجعي (effet rétroactif) أي أنها ترجع بملكية الشريك لنصيبه المفرز إلى الوقت الذي بدأ فيه الشيوع ، ولا تقف عند الوقت الذي تمت فيه القسمة (١) .

٥٧٣ — الأثر الحقيقي للقسمة أثر مزدوج كاشف وناقل : والواقع

من الأمر أن للقسمة ، بطبيعتها ، أثراً مزدوجاً ، كاشفاً وناقلاً . ولو اقتصرنا على صورة مبسطة لمال شائع ، وقلنا إن أرضاً يملكها اثنان في الشيوع لكل منهما النصف ، فهذه الأرض قبل القسمة كانت ملكاً للشريكين تتزاحم عليها ملكية كل منهما . فإذا اقتطعنا أي جزء مفرز منها ، كان هذا الجزء هو أيضاً ملكاً للشريكين تتزاحم عليه ملكية كل منهما . فإذا نحن قسمنا الأرض بينهما ، وأفرزنا نصيب كل منهما فيها ، فإن هذا النصيب يصبح مملوكاً لأحد الشريكين وحده دون الشريك الآخر . فهل يكون للإفراز عن طريق القسمة أثر كاشف أو أثر ناقل ؟ إن الشريك عندما أفرز نصيبه في الأرض ، صار هذا النصيب المفرز ملكه وحده كما قدمنا . وكان هذا النصيب قبل القسمة ، وفي أثناء الشيوع ، ملكاً للشريكين لكل منهما النصف . فالإفراز إذن ثبت للشريك في هذا النصيب المفرز ملكيته الثابتة قبل القسمة في النصف ، ونقل إليه ملكية شريكه الثابتة قبل القسمة في النصف الآخر ، فخلصت له بذلك الملكية الكاملة في جميع النصيب المفرز . ومن ثم يكون للقسمة أثر كاشف

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « القسمة ، سواء كانت عقداً أو قسمة قضائية ، سواء كانت القسمة القضائية قسمة عينية أو قسمة تصفية ، يترتب عليها أن : (١) يكتسب لها أثر رجعي ، فيعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وأنه لم يملك غيرها في بقية الحصص (قارن م ٥٥٥ من التقنين المدني المختلط وهي تنص على أن القسمة منشئة كالبيع) . ومن أجل هذا يقال عادة إن القسمة مقرررة أو كاشفة للحق . ويترتب على هذا الأثر الرجعي نتائج كثيرة معروفة ، أهمها أن تصرفات الشريك في جزء مفرز يوقف أثرها حتى تعرف نتيجة القسمة . (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٨) .

في نصف النصيب ، وأثر ناقل في النصف الآخر . ويكون للقسمة اذن ، بطبيعتها ، أثر مزدوج ، كاشف وناقل (١) .

ولما كان هذان الأثران يتعارضان ، لم يبق إلا أن نغلب أثراً دلي آخر في المواضع التي يحسن فيها ، من الناحية العملية ، تغليب هذا الأثر . فتارة نغلب الأثر الكاشف حيث يحسن تغليبه ، وتارة نغلب الأثر الناقل إذا دعت مقتضيات العملية إلى ذلك .

ولما كانت المقتضيات العملية التي تستدعي تغليب الأثر الكاشف أهم من تلك التي تستدعي تغليب الأثر الناقل ، فقد سار التقنين المدني على النهج التقليدي وعمم أثر القسمة ، فنجعله في جميع الأحوال أثراً كاشفاً .

(١) وهذا التحليل الذي نقول به نجد له نظيراً في الفقه الإسلامي ، فقد قال الكاساني في البدائع : « وأما بيان معنى القسمة ... فهي ... عبارة عن إزاء بعض الأنصبة عن بعض ومبادلة بعض ببعض ... فإذا قسمت (العين) بينهما نصفين .. فلا بد أن يجتمع في نصيب كل واحد منهما أجزاء بعضها مملوكة له وبعضها مملوكة لصاحبه على الشيوع . فلو لم تقع القسمة مبادلة في بعض أجزاء المقسم ، لم يكن المقسم كله ملكاً للمقسم عليه ، بل يكون بعضه ملك صاحبه . فكانت القسمة منهما بالراضى أو بطلبها من القاضى رضا من كل واحد منهما بزوال ملكه عن نصف نصيبه بعهض وهو نصف نصيب صاحبه ، وهو تفسير المبادلة . فكانت القسمة في حق الأجزاء المملوكة له إفراراً وتمييزاً أو تعييناً لها في الملك ، وفي حق الأجزاء المملوكة لصاحبه معاوضة وهي مبادلة بعض الأجزاء المجتمعة في نصيبه ببعض الأجزاء المجتمعة في نصيب صاحبه ... والقسمة ليست بمعاوضة مطلقة ، بل هي إفرار من وجه ومعاوضة من وجه .. » (البدائع ٧ ص ١٧) .

ونجد له نظيراً أيضاً في الفقه الفرنسي الحديث ، إذ يقول أوبري ورو : « والواقع من الأم أن القسمة ليست محض كاشفة كما هو شأن الحكم القضائي ، وليست محض ناقلة كما هو شأن البيع والمقايضة . فهي ليست محض كاشفة ، لأنها تحول حقاً شائعاً في مجموع المال المملوك في الشيوع إلى حق مقصور على صاحبه في جزء محدد تحديداً مادياً من هذا المال . وهي ليست محض ناقلة ، لأن كل شريك كان له قبل القسمة حق شائع في كل ذرة من ذرات الجزء المفروز الذي آل إليه . ومن ثم يبدو غير صحيح أن يقال إن القسمة محض ناقلة أو يقال إنها محض كاشفة ، فالعبارة الأخيرة تقصر عن الحقيقة ، في حين أن العبارة الأولى تجاوز الحقيقة » (أوبري ورو ١٠ فقرة ٦٢٥ هامش ١) .

ويقول كولان وكايتان ودي لامورانديير : « يبدو أن القسمة ... لها طبيعة مزدوجة ، فهي في وقت واحد كاشفة وناقلة » (كولان وكايتان ودي لامورانديير الطبعة المباشرة ٣ فقرة ١١٤٣ ص ٥٨٨) : فهي كاشفة فيما يتعلق بما كان للتقاسم من حق شائع في الجزء الذي استقل به في القسمة ، وناقلة فيما يتعلق بحقوق الشركاء التي كانت لهم في هذا الجزء - وانظر أيضاً بيدان وليبال ٥ مكرر فقرة ٧١٢ ص ٢٨٢ .

٥٧٤ — تأييد التاريخ لفكرة الأثر المزدوج : والتاريخ نفسه يؤيد

فكرة الأثر المزدوج .

فقد كان للقسمة في القانون الروماني أثر ناقل ، أى أن هذا القانون كان يغلب فكرة الأثر الناقل على فكرة الأثر الكاشف . والتصوير الفنى الذى انتهى به إلى هذه النتيجة هو أنه اعتبر الشريك ، فى اختصاصه عند القسمة ينصيب مفرز ، يكون قد بادل شركاءه على حصصهم الشائعة فى هذا النصيب المفرز بخصته الشائعة فى كل نصيب مفرز لهؤلاء الشركاء . ولما كانت المبادلة نافذة للملكية ، فالقسمة التى أجرت هذه المبادلة تكون هى أيضاً نافذة للملكية . ولكن هذا التحليل أغفل أمر الحصة الشائعة التى كانت للشريك قبل القسمة فى نصيبه المفرز ، فهذه الحصة قد اندمجت فى نصيبه هذا وبقيت له بعد القسمة ، ومن ثم تكون القسمة كاشفة عن حقه فى هذه الحصة لا نافذة لها . ومن أجل هذا قلنا إن القانون الروماني قد غلب الأثر الناقل على الأثر الكاشف ، لأن أثر القسمة لا يتمحض أثراً ناقلاً ، كما لا يتمحض أثراً كاشفاً . فإذا جعل القانون الروماني للقسمة أثراً ناقلاً . فإنما يكون هذا تغليباً للأثر الناقل على الأثر الكاشف ، إذ لم تدع الحاجة العملية فى عهد القانون الروماني إلى تغليب الأثر الكاشف . وقد رتب الرومان على أن للقسمة أثراً ناقلاً أن جعلوا كل متقاسم خلفاً خاصاً للمتقاسمين الآخرين فيما اختص به المتقاسم من نصيب مفرز ، فينتقل هذا النصيب المفرز إلى المتقاسم محملاً بالحقوق العينية التى رتبها المتقاسمون فى أثناء الشيوع عليه ، كحق رهن أو حق انتفاع . كذلك اعتبرت القسمة ، بوصفها عقداً ناقلاً للملكية ، سبباً صحيحاً فى التقدم القصير .

وبقيت القسمة ذات أثر ناقل فى القانون الفرنسى القديم إلى أواخر القرن الرابع عشر على الأقل ، ثم ظهرت فكرة الأثر الكاشف تحت ضغط الحاجات العملية ، فهذه الحاجات هى التى غلبت ، على نقيض ما كان الأمر فى القانون الروماني ، الأثر الكاشف على الأثر الناقل .

ظهرت الحاجة العملية إلى الأثر الكاشف فى ميدان القانون المالى ، عندما أصبح التصرف فى أموال الإقطاع (fiefs) جائزاً بموافقة السيد (Seigneur) فى نظير تحصيل رسوم مالية (droits seigneuriaux, de lods et ventes) ،

جواز كانت القسمة ناقلة كما كان الأمر في القانون الروماني ، فقد كان مقتضى ذلك أن ورثة التابع عند قسمة أموال الإقطاع فيما بينهم يدفعون رسوما للسيد إذ المال قد انتقل إليهم بالقسمة ، وذلك بالإضافة إلى الرسوم التي سبق لهم أن دفعوها عند انتقال أموال التركة إليهم من مورثهم . فتفاديا من تكرار دفع الرسوم ، عرضت المسألة للبحث . واستقر الرأي على أن تعني القسمة العينية من الرسوم لأنها شئت بالمقايضة ، وكانت المقايضة عفاة من الرسوم . أما قسمة التصفية ، فقد ذهب ديمولان إلى إعفائها من الرسوم أيضا إذا رسا المزاد على أحد الشركاء^(١) . وقيل في تبرير ذلك إن القسمة هي نقل ضروري للملك (aliénation nécessaire) ، لأن الوارث لا يجبر على البقاء في الشيوع . وقيل كذلك إن الرسوم قد دفعت عندما تغير شخص التابع بأشخاص الورثة عند الميراث ، أما القسمة فلا يترتب عليها تغير في الأشخاص بل يبقى الورثة كما هم . ومهما يكن من أمر ، فإن الأثر الناقل للقسمة قد تقلص في ميدان القانون المالي تحت ضغط الحاجة العملية ، وحل محله الأثر الكاشف .

وظهرت الحاجة العملية أيضا إلى الأثر الكاشف في مجال القانون المدني ، إذ ظهر الرهن المعروف باسم "obligatio bonorum" ، وكان رهنا خفيا عاما ينشأ بحكم القانون على أثر أي تصرف في ورقة رسمية أو على أثر أي حكم بالمديونية . فكان مقتضى أن للقسمة أثرا ناقلا أن ينتقل النصيب المقرز إلى الشريك محملا بالحقوق التي ترتبت عليه في أثناء الشيوع ، ومنها هذا الرهن الخفي العام الذي كان ذائع الانتشار . فقليل ، للتخلص من فكرة الأثر الناقل للقسمة وتفادى هذا الرهن ، إن القسمة ليست من عقود المضاربة (contrats de commerce) ، بل هي وسيلة لحصول الشريك على حقيقة قيمة الجزء الشائع الذي كان له ، ومن ثم تقرر أن المتقاسم يحصل على الجزء المقرز الذي يقع في نصيبه ، خاليا من الرهن الذي رتبته غيره ، ومن الحجز الذي وقع على حصة غيره^(٢) . وهكذا تغلب في مجال القانون المدني ، كما تغلب

(١) أما إذا رسا المزاد على أجنبي ، فقد اعتبرت القسمة بيعا ، ومن ثم أصبحت خاضعة

لرسوم .

(٢) وذلك بعد قضية مشهورة سميت بقضية الإخوة الأربعة (l'affaire de quatre frères) ،

ممسك فيها ديمولان بالأثر الناقل للقسمة ، وتغلب الرأي العكسي تحت ضغط الحاجات العملية .

في ميدان القانون المالى ، وتحت ضغط الحاجات العملية دائماً ، الأثر الكاشف للقسمة ، بعد أن كان الأثر الناقل هو المتغلب . وما لبث أن استقر الأثر الكاشف للقسمة في القانون الفرنسى القديم .

ونقل بوتيه القانون الفرنسى القديم في هذه المسألة على الوجه الذى استقر عليه ، وحاول تفسيره بطبيعة الشيوع . ولكنه لجأ أخيراً إلى الافتراض القانونى ، فقال إن كل وارث يعتبر أنه ورث وحده ومباشرة كل ما وقع في نصيبه ، وأنه لم يرث شيئاً فيما وقع في نصيب غيره من الورثة . ومن هذه العبارة نقلت المادة ٨٨٣ مدنى فرنسى ، واستقيت المادة ٨٤٣ مدنى مصرى . ولا شك في أن تعميم الأثر الكاشف للقسمة في هذه النصوص إنما جاء عن طريق الافتراض والمجاز القانونى .

٥٧٥ - ظهور فكرة الأثر اللأئف فى الفقه الحديث على سبيل

الحقيقة لا على سبيل المآز والتمييز بين الأثر اللأئف والأثر الرجعى : ثم ظهر أخيراً فى الفقه الحديث اتجاه يذهب إلى أن الأثر الكاشف للقسمة لا يؤخذ على سبيل المآز كما كان الأمر فى القانون الفرنسى القديم ، وكما انتقل بعد ذلك إلى التقنين المدنى الفرنسى ، بل يجب أخذه على سبيل الحقيقة (١) . فالقسمة بطبيعتها لها أثر كاشف ، إذ هى لا تنشئ حقاً جديداً للمتقاسم ، بل إن الحق الذى كان له فى أثناء الشيوع هو الذى آل إليه بالقسمة . وكل ما أحدثته القسمة من أثر فى حق المتقاسم إنما كان فى تركيز هذا الحق فى محله المادى . فبعد أن كان الحق شائعاً بحصة معنوية فى كل المال الشائع ، وكان هناك تباين بين نطاقه المادى ونطاقه المعنوى ، أصبح النطاق المعنوى للحق ، بالقسمة ، مطابقاً لنطاقه المادى . فالأثر الكاشف للقسمة لا يتضمن أى

(١) انظر بلانيول وريبير ومورى وفيالتون : فقرة ٦٣٩ - أنسيكلوبيد دالوا : ٥

لفظ Succession فقرة ١٧٦٥ - فقرة ١٧٦٦ - Siesse رسالة من باريس سنة ١٩٢٢

ص ٤٥٦ وما بعدها وص ٤٧١ وما بعدها - Chevallier رسالة من رن ١٩٣٢ - Houin

بحوث جماعة هنرى كاپيتان سنة ١٩٤٧ جزء ٣ ص ٢٤٨ وما بعدها - Boyer رسالة من تولوز

١٩٤٧ - Merle رسالة من تولوز سنة ١٩٤٩ فقرة ١٥٢ وما بعدها - Déprez رسالة من

ون سنة ١٩٥٣ فقرة ٩٢ وما بعدها .

افتراض مخالف للحقيقة، وإنما هو بالذات الذي تقتضيه وظيفة القسمة عليها (١).

(١) وقد سائر هذا الاتجاه فريق من الفقهاء في مصر . فيقول الأستاذ إسماعيل غانم إن «التمثيل الصحيح لحق الشريك المشتاع هو أنه حق ملكية محله المادى الشيء الشائع كله ، وإن كان محددًا تحديدًا معنويًا بحصة الشريك في الشيوع . فيترتب على ذلك أن القسمة ، بإفرازها للشريك جزءًا ماديًا من الشيء الشائع يختص به وحده ، لا تكسبه حقًا جديدًا لم يكن له من قبل ، فحقة أثناء الشيوع كان حق ملكية له المادى الشيء الشائع كله . وإنما هي تقتصر على التغير في هذا الحق على وجه معين ، بإيجاد التطابق بين نطاقه المادى ونطاقه المعنوى . فبعد أن كان حق الشريك يرد على الشيء كله ولكنه حدد تحديدًا معنويًا بالثلث مثلاً ، وكان بذلك مشتبكًا بحقوق الشركاء الآخرين التى كانت ترد مثل حقه على الشيء الشائع كله ، أصبح هذا الحق ذاته بمقتضى القسمة محددًا تحديدًا ماديًا بجزء معين من الشيء يختص به الشريك وحده ، ويمادل الحصة التى كانت له في الشيء كله . القسمة إذن لا تنقل للمتناسم حقًا جديدًا ، وإنما هي محددة للحق الثابت له منذ أن تملك في الشيوع ، فهى تقتصر على التغير في بعض عناصر هذا الحق ، في نطاقيه المادى والمعنوى ، يجعلهما متطابقين ، فتزيل بذلك العقبات التى كانت ترجع إلى تشابك حقوق الشركاء على الشيء والتى كانت تحول بين كل شريك وبين الانفراد بمباشرة ملكيته . وإذا اتضح أن هذه هي وظيفة القسمة ، فإن وصفها بأنها كاشفة يكون معبراً عن حقيقة الحال ... وإذا كان الأثر الكاشف لا يتضمن أى افتراض مخالف للحقيقة ، وإنما هو ما تقتضيه وظيفة القسمة ذاتها ، فلا محل للتضييق في تطبيقه ... » (إسماعيل غانم فقرة ١١٣ ص ٢٦١ - ص ٢٦٣) . ويقول الأستاذ حسن كيرة : « فالقسمة إذن لما أذكر كاشف ، بمعنى أنها لا تخلق لأمتاسم حقًا جديدًا لم يكن له ، بل هي تكشف عن حق ملكيته القائم أصلاً منذ الشيوع والمحدد بعد القسمة ، ولكن بتعديل جهه هوى في محله : فبعد أن كانت ملكيته طوال الشيوع واقعة بمجرد حصة معنوية على الشيء الشائع كله دون تحديد ، تأتى القسمة فتعلن ما كان قائماً له من ملكية ولكنها تحد من محلها فتحصره - بما يطابق ما كان له من حصة معنوية - في جزء مادي مفرز من هذا الشيء ، فتزيل بذلك ما كان يقيد من مباشرة هذه الملكية في وضعها السابق بجعل سلطاتها على المحل المحدد بالإفراز مطابقة خالصة للمقسوم له وحده . فحق المتناسم بعد القسمة هو نفس حقه القائم قبلها وبنفس سنده ، ولكن بعد أن تحقق بالإفراز التطابق بين المحل المادى والحصة المعنوية بما يتمتع معه ما كان مصاحباً للشيوع قبل القسمة - نتيجة انعدام هذا التطابق - من تعدد أصحاب الحق وتزاحم سلطاتهم على نفس المحل » (حسن كيرة فقرة ١٥٣ ص ٥١٢) . ويقول الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة : « إن حق الشريك المشتاع ، وإن كان محددًا تحديدًا معنويًا بحصته الشائعة ، إلا أنه يرد من الناحية المادية على الشيء الشائع كله ، ومن هذا كانت وظيفة القسمة هي تحقيق التطابق بين الحدود المعنوية والحدود المادية لحق الشريك ، وذلك بإفراز جزء من الشيء الشائع تخلص ملكيته للشريك خلعاً تاماً . والقسمة إذ تحقق هذا التطابق إنما تكشف عن حق ثابت للشريك منذ بدء الشيوع ، فهى لا تخول الشريك سنداً جديدًا ، وإنما سند حق الشريك هو السند الأصل للملكية الشائعة .. وهى لا تخول الشريك حقًا جديدًا ، بل يقتصر أمرها على التغير في حق الشريك بحيث يتحقق هذا التطابق .. والأثر الكاشف للقسمة بهذا المعنى يطابق الحقيقة كما قلنا ، لأنه مستمد من طبيعة القسمة » (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٥٣ ص ٢٣٧) .

والقائلون بالأثر الكاشف الحقيقي للقسمة يميزون بين هذا الأثر الكاشف وبين الأثر الرجعي ، فيقولون بالأول ولا يقولون بالثاني . فالأثر الكاشف عندهم يكفى للوصول إلى أهم نتيجة يقصد إليها من القول بالأثر الرجعي ، وهي أن يخلص للمتقاسم نصيبه المفرز خاليا من تصرفات شركائه الصادرة في أثناء الشروع . فما دامت القسمة لها أثر كاشف ، فهي تكشف عن حق المتقاسم في نصيبه المفرز ، وعن أن هذا الحق كان موجودا قبل القسمة وفي أثناء الشروع ، وأنه هو نفسه الذي آل إلى المتقاسم بالقسمة ، فيؤول خاليا من تصرفات شركائه ومحملا بتصرفاته هو . ولا حاجة بعد ذلك إلى الأثر الرجعي ، وهو الأثر الذي ينطوي عليه نص المادة ٨٨٣ مدني فرنسي ونص المادة ٨٤٣ مدني مصري ، إذ بموجب هذا الأثر « يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشروع ، وأنه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصة » . فيفترض إذن بمقتضى الأثر الرجعي أن كل وارث مثلا قد ملك نصيبه المفرز في التركة منذ موت مورثه ، ويترتب على ذلك نحو مرحلة الشروع التي أعقبت

— ويخالف الأستاذ منصور مصطفى منصور هذا الفريق من الفقهاء ، ويذهب ، على التقيض منهم ، إلى أن القسمة بطبيعتها ناقلة لا كاشفة ، فيقول : « وجود حق شائع للمتقاسم قبل القسمة على الجزء المفرز الذي اختص به لا يمنع من القول إن القسمة ناقلة ، فالقسمة لم تنقل ... إلا الحق الشائع الذي كان لغير المتقاسم على الجزء المفرز الذي اختص به . وباجتماع هذا الحق مع ما كان للمتقاسم من قبل تخلص له الملكية مفعلة » . (منصور مصطفى منصور في تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ٦ سنة ١٩٦٤ ص ١٣٢) . ويد الأستاذ منصور مصطفى منصور على الفكرة الرئيسية في أقوال هذا الفريق من الفقهاء ، من أن أثر القسمة هو تحقيق التطابق بين النطاق المادي لحق الشريك ونطاقه المعنوي وبذلك لا يصبح للشريك بعد القسمة حق جديد بل هو الحق القديم الذي كان قائما وقت الشروع بعد أن تحدد محله المادي ، بما يأتي : « معنى أن أثر القسمة هو تحقيق التطابق بين النطاق المادي لحق الشريك ونطاقه المعنوي ، أنها تعطي الشريك ، الذي له الثلث مثلا ، حقا له كل مضمون الملكية على ثلث الشيء ، بعد أن كان له حق ينحصر له ثلث مضمون الملكية على الشيء كله . ولا يمكن — في ظل هذا التفسير — أن نقول إن القسمة قد أبقت على الحق ذاته بعد أن حددته .. ذلك أن حق الشريك بعد القسمة يختلف عن حقه قبل القسمة ، سواء من حيث المحل ومن حيث المضمون . فقبل القسمة كان له حق يرد على كل شيء ومضمونه هو جزء من مضمون الملكية ، وبعد القسمة أصبح للشريك حق يرد على جزء من الشيء ومضمونه هو كل مضمون الملكية . وهو ما يكفى — في تقديرنا — للقول إن القسمة تعطي الشريك حقا آخر غير الحق الذي كان له أثناء الشروع » (منصور مصطفى منصور في تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ٦ سنة ١٩٦٤ ص ١٧١) .

موت المورث وبقيت إلى أن تمت القسمة ، وهي مرحلة قد تطول سنين عديدة ، ومع ذلك يتجاهلها الأثر الرجعي ويعتبرها كأنها لم تكن . وواقع الأمر أن مرحلة الشيوخ هذه قد وجدت ، وخلقت آثارا لا يجوز تجاهلها ، منها أن ما قبضه الورثة من الثمار في أثناء الشيوخ لا يجب رده (١) ، ولو أعمل الأثر الرجعي لوجب ردها ولوجب أن يستولى كل وارث على ثمار نصيبه المفرز منذ موت مورثه . ومنها أن التركة ينظر إليها وقت القسمة لا وقت موت المورث ، بما دخل فيها وبما خرج منها من أموال ، ويعتد بقيمة المال وقت القسمة لا وقت موت المورث (٢) . فهذه مسائل تدل على وجوب الاعتماد بمرحلة الشيوخ التي سبقت القسمة ، وإذا جاز القول بالأثر الكاشف وهو لا يمس مرحلة الشيوخ هذه ، فإنه لا يجوز القول بالأثر الرجعي ومن شأنه أن يمحو مرحلة الشيوخ محو تاما ويعتبرها كأنها لم تكن (٣) .

٥٧٦ - تضارب الآراء فيما يجب إعماله من تعديل في نصوص

التقنين المدني الخاصة بأثر القسمة : وقد دعا هذا الأثر المزدوج للقسمة ، وتغليب الأثر الكاشف تارة بل جعله هو الأثر الطبيعي ، وتغليب الأثر الناقل

(١) وقد فضت محكمة النقض بأن الثمار التي تنتج من المال الشائع أثناء قيام الشيوخ من حق الشركاء جميعا بنسبة حصة كل منهم ، وإجراء القسمة بعد ذلك لا يجعل للمتقاسم حقا في الاستئثار بثمار الحصة التي خصصت له إلا من وقت حصول القسمة . ولا يقدر في ذلك ما قضت به المادة ٨٤٣ مدني من اعتبار المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوخ ، ذلك أن علة تقرير هذا الأثر الرجعي للقسمة هي حماية المتقاسم من الحقوق التي يكتسبها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوخ بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز الذي خصص له في القسمة مطهرا من هذه الحقوق . ويجب قصر إعمال الأثر الرجعي للقسمة في هذا النطاق ، واستبعادها في جميع الحالات التي لا يكون الأمر فيها متعلقا بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه العمادة قبل القسمة (نقض مدني ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٨٠ ص ١١٤٥) .

(٢) پلانیول وریپیر وبولانیچیه ٣ فقرة ٣١٢٣ .

(٣) انظر پلانیول وریپیر وبولانیچیه ٣ فقرة ٣١٢٧ - وانظر في الأخذ بالأثر الكاشف دون الأثر الرجعي إسماعيل غانم فقرة ١٣٠ ص ٢٩٣ - ص ٢٩٤ وفترة ١٣٢ ص ٣٠٤ - ص ٣٠٥ - حسن كيرة فقرة ١٥٥ وما بعدها - وانظر في استماعة القول بالأثر الرجعي مع القول بالأثر الناقل للقسمة منصور مصطفى منصور فقرة ٨٥ ص ٢١٣ - ص ٢١٥ .

تارة أخرى ووصفه بأنه هو الأثر الطبيعي ، إلى تضارب الآراء فيما يقترح إدخاله من تعديل في نصوص التقنين المدني في هذا الخصوص .

فن قائل بضرورة إلغاء المادة ٨٤٣ مدني اعتمادا على أن القسمة كاشفة بطبيعتها ، فيغني ذلك عن تقرير الأثر الرجعي . ويقول أنصار هذا الرأي إن « في هذا التصوير الجديد للملكية الشائعة والقسمة ، لم تعد للأثر الرجعي ضرورة تقتضيه . فتصرف الشريك أثناء الشيوع في الشيء الشائع ، ولو أنه صادر من مالك ، إلا أنه لا يكون نافذاً قبل شركائه لما فيه من مساس بحقوقهم . ولن يتغير الوضع إذا ما تمت القسمة فوق الجزء الذي تصرف فيه الشريك في نصيب شريك آخر ، إذ أن الشريك الذي اختص بذلك الجزء ليس خلفاً للشريك المتصرف ، فالقسمة كاشفة لا ناقلة ، فيظل التصرف غير نافذ . وبذلك يخلص لكل متقاسم نصيبه المقرر ، وتحقق حمايته من الحقوق التي تقررت من قبل متقاسم آخر ، بغير حاجة إلى افتراض أثر رجعي للقسمة» (١) .

ونرى مما قدمناه أن صحة هذا الرأي يتوقف على التسليم بأن القسمة كاشفة بطبيعتها ، وهو تصوير حديث لا يزال محلًا للمناقشة والأخذ والرد ، ويوجد رأي يعارضه فيذهب إلى أن القسمة ناقلة بطبيعتها وقد سبقت الإشارة إلى هذا الرأي (٢) .

ومن قائل بضرورة تعديل المادة ٨٤٣ مدني بما يستبعد الأثر الرجعي للقسمة ويبرز أثرها الكاشف ، وفي رأي أصحاب هذا القول يمكن أن يتم التعديل على النحو الآتي : « يعتبر المتقاسم مالكا للنصيب المقسوم بناء على السند الذي تملك به في الشيوع ، وتكون ملكيته لهذا النصيب خالصة من كل حق رتبة غيره من الشركاء» (٣) . ويعيب هذا الرأي ، في نظرنا ، فضلا عن أنه يذهب

(١) إسماعيل غانم فقرة ١٣٢ ص ٣٠٥ و فقرة ١٣٣ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٧٥ ص ٩٥٣ هامش ١ - ويلاحظ أن الاتجاه الحديث الذي يذهب إلى أن القسمة بطبيعتها أثر كاشف من شأنه ، كما رأينا ، أن يجعل محل الحق الشائع للشريك ، في أثناء الشيوع ، هو المال الشائع كله . وهذا يتعارض مع ما قدمنا من أن حق الشريك في الشيوع يقع على حصة معنوية في المال الشائع (quote - part abstraite) لا على كل المال الشائع (انظر آنفاً فقرة ٤٨٥ فقرة ٥١٤ في الهامش) .

(٣) حسن كبيرة في تصرف الشريك في جزء من الشيء الشائع فصلة من لمة كلية الحقوق سنة ١٩٦٢ - سنة ١٩٦٣ ص ٧٦ .

إلى أن القسمة كاشفة بطبيعتها وهو رأى لا يزال محلاً للنظر كما قدمنا ، أنه يقصر الأثر الكاشف على بعض النتائج التي ترتب عليه ، ويفعل نتائج أخرى يتركها النص فتضطرب فيها الآراء . من ذلك هل يجوز اعتبار القسمة سبباً صحيحاً في التقادم القصير ، فإذا قيل لا يصح وهو القول المعمول به تعارض هذا القول مع التعديل المقترح إذ لم يذكر هذا التعديل هذه النتيجة فيما ذكره ، ومن قائل بأن القسمة ناقلة بطبيعتها وليست بكاشفة ، ويقترح إلغاء المادة ٨٤٣ مدني ، « وبهذا الإلغاء - كما يقول أنصار هذا الرأي - يزول السند التشريعي لوصف القسمة بأنها كاشفة ، وتصبح مسألة بيان حقيقة أثر القسمة مسألة رأى تحتل الخلاف ^(١) . وإذا ترك بيان حقيقة أثر القسمة مسألة رأى تحتل الخلاف ، فالمتظر أن الآراء تضطرب كثيراً في ذلك ، وهي منذ الآن ومع وجود نص المادة ٨٤٣ مضطربة . وقد رأينا أصحاب الرأي الأول يذهبون هم أيضاً إلى إلغاء المادة ٨٤٣ ، ليصلوا إلى نتيجة هي عكس النتيجة التي يريد أن يصل إليها أصحاب هذا الرأي الأخير ، وهي أن القسمة كاشفة لا ناقلة .

(١) منصور مصطفى منصور في تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ٦ سنة ١٩٦٤ ص ٢١١ . وانظر في بقية التعديلات التي يقترحها - غير إلغاء المادة ٨٤٣ - نفس المرجع ص ٢١٢ - ص ٢١٣ .

ويذهب الأستاذ منصور مصطفى إلى إمكان استخدام نظرية الحلول العيني للوصول إلى جعل النصيب المفروز للشريك ينتقل إليه خالياً من تصرفات شركائه ، فيقول في هذا المعنى : « فحق الشريك في الشيوع بطبيعته معرض دائماً للتحويل إلى ملكية مفروزة على ما يختص به هذا الشريك عند القسمة . ولما كان وصف حق الشريك في الشيوع على هذا النحو مستمداً من طبيعة الحق نفسه ... فكل تصرف من الشريك في حقه بإنشاء حق للغير عليه يؤدي إلى أن يكون حق الغير نفسه معه فائلاً بمثل هذا الوصف على الأساس السابق وهو أن الشخص لا يعطى غيره أكثر مما له . فكذا أن المالك تحت شرط أو المالك ملكية مؤقتة لا يستطيع أن ينشئ لغيره إلا حقاً معلقاً على شرط أو حقاً مؤقتاً ، فكذلك المالك على الشيوع وحقه معرض دائماً للتحويل على النحو الذي بيناه لا يستطيع أن يعطى غيره إلا حقاً معرضاً للتحويل على نفس الوجه . فلا يتبع حق الشريك الذي ينتقل بالقسمة إلى متقاسم آخر ، وإنما يرد على ما يختص به الشريك الذي أنشأه . فكذا بصدد تغيير المحل ، فقد نشأ الحق ابتداءً على حق الشريك الشائع ، ولما استبدل الشريك بمقتضى القسمة بهذا الحق الشائع حقاً مفروزاً ، يصبح الحق المفروز محلاً للحق الذي كان واقعاً على الحق الشائع . وبذلك نكون أمام تطبيق من تطبيقات نظرية الحلول العيني » (منصور مصطفى منصور في تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ٦ سنة ١٩٦٤ ص ١٨٢) .

وإلى أن ينحسم الخلاف حول هذه المسألة ، وإلى أن يستقر الزأى فى الاتجاه الجديد الذى أخذ يظهر فى الفقه الحديث ويقول إن القسمة كاشفة بطبيعتها ، لا ضرر من استبقاء المادة ٨٤٣ مدنى كما هى ، تخلف على القسمة أثرا كاشفا وأثرا رجعيا فى وقت واحد ، على أن يكون هذا وقتا على سبيل الافتراض القانونى أو الهجاز . فتستخلص جميع النتائج التى تدعو الحاجات العلمية إلى استخلاصها من الأثر الكاشف المفترض ، دون استغراق لجميع النتائج التى يمكن أن تستخلص من الأثر الرجعى إذا لم توجد حاجة عملية تدعو إلى ذلك^(١) . ويشفع لما نقول أن القسمة فى حقيقتها لها أثر مزدوج ، فسواء قلنا إن لها أثرا كاشفا أو قلنا إن لها أثرا ناقلا ، فلا بد من استخدام شئ من الافتراض والهجاز فى كل من القولين . فالقول بالأثر الكاشف قول ينطوى على افتراض

(١) ومن المسائل التى يستبعد فيها الأثر الرجعى ، لأن الحاجة العملية لا تستدعى إعمال هذا الأثر ، ما يأتي :

أولا - الثمار التى ينتجها المال الشائع فى أثناء الشيوع تكون من حق الشركاء كل بنسبة حصته الشائعة . فإذا تحولت حصة الشريك الشائعة بالقسمة إلى نصيب مفرز ، لم يمتد لهذا الشريك أن يحبسك بالأثر الرجعى للمطالبة بثمار هذا النصيب المفرز من بدء الشيوع ، فهو إذن لا يستأثر بثمار هذا النصيب إلا من وقت القسمة (انظر آفا فقرة ٥٧٥) .

ثانيا - العبرة فى تحديد المال الشائع وفى تكوين الحصص تكون بالمال المودود وبقية هذا المال ، لا وقت بدء الشيوع ، بل وقت القسمة . وكان مقتضى الأثر الرجعى أن تكون العبرة فى كل ذلك بوقت بدء الشيوع لا بوقت القسمة (انظر آفا فقرة ٥٧٥) .

ثالثا - يبق التصرف الصادر من جميع الشركاء فى أثناء الشيوع صحيحا بعد القسمة ، حتى لو وقع المال المتصرف فيه فى نصيب شريك دون غيره من الشركاء (انظر المادة ١٠٣٩ / ١ مدنى) . وكان مقتضى الأثر الرجعى أن تسقط تصرفات الشركاء إلا تصرف الشريك الذى وقع فى نصيبه المال . وكالتصرف الصادر من جميع الشركاء التصرف الصادر من أغلبية الشركاء بالشروط الواردة فى المادة ٨٣٢ مدنى .

رابعا - إذا صدر قانه جديد فى أثناء الشيوع يقرر قواعد جديدة للقسمة ، وجب تطبيق هذا القانون الجديد على القسمة التى تم بعد صدوره . وكان مقتضى الأثر الرجعى عدم تطبيق هذا القانون الجديد ، مادام الشريك يعتبر مالكا لنصيبه المفز بأثر رجعى فى وقت سابق على صدور هذا القانون .

وانظر فى مسائل أخرى متعلقة بكسب حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصل ووقوف التقادم وانقطاعه وبحق التقدم للدائن المرتهن على الشئ الذى اختص به الشريك الراهن : إسماعيل غانم فقرة

يغطي ما بداخل هذا الأثر الكاشف من أثر ناقل ، وكذلك القول بالأثر الناقل لا يخلو من افتراض يستبعد ما يوجد من أثر كاشف إلى جانب الأثر الناقل^(١).

ومهما يكن من أمر ، فلاشك في أن المادة ٨٤٣ مدني ، من ناحية القانون
الوضعي ، تقرر الأثر الكاشف للقسمة مصحوبا بالأثر الرجعي ، وقد جاء
كل ذلك على سبيل الافتراض والمجاز . فنبحث في صدد هذا النص مسألتين :
(١) مجال تطبيق الأثر الكاشف للقسمة . (٢) النتائج التي تترتب على
الأثر الكاشف .

١٥ - مجال تطبيق الأثر الكاشف للقسمة

٥٧٧ - ١. مجال التطبيق، من ناحية التصرفات: كل تصرف من

شأنه أن ينهى الشروع يكون له أثر كاشف : فالقسمة النهائية أيا كان نوعها ، قضائية كانت أو اتفاقية (٢) ، عينية أو قسمة تصفية ، بمعدل أو بغير معدل ، يكون لها أثر كاشف (٣) . أما القسمة الموقته ، وهى قسمة المهايأة ، فليس لها هذا الأثر ، إلا إذا بقيت المهايأة المكانية خمس عشرة سنة فانقلبت إلى قسمة نهائية (٤) .

وفي قسمة التصفية تفصيل ، إذ يجب التمييز بين ما إذا بيع المال الشائع لأحد الشركاء أو بيع لأجنبي . فإذا كان قد بيع لأحد الشركاء ، يباع في المزاد

(١) ولعل هذا هو الذي دفع لجنة تنقيح التقنين المدني الفرنسي إلى أن تستبق في مشروعها التمهيدى نص المادة ٨٨٣ مدني فرنسي (وهي التي تقابل المادة ٨٤٣ من تقنيننا المدني). فقد انتهت اللجنة ، بعد مناقشات طويلة ومشروعات كثيرة ، إلى نص مستمد من المادة ٨٨٣ يسرى على القسمة وعلى كل تصرف معادل للقسمة يكون الغرض منه إنهاء حالة الشيوع أو التمهيد لهذا الإنهاء (انظر أعمال لجنة تنقيح التقنين المدني الفرنسي سنة ١٩٥٣ - سنة ١٩٥٤ ، سنة ١٩٥٤ - سنة ١٩٥٥ ص ٣٠١ وما بعدها).

(٢) كانت قسمة فعلية . . .

(٣) كمة النقض الفرنسية في دوائرها المجتمعة • ديسمبر سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٨ -
١ - ١١٣ - أوبرى و ١٠ فقرة ٦٢٥ هامش ٩ ثانيا - بيدان ، ليبال • مكررة فقرة ٤١٧ -
هلافي لوريير ، ب لانجييه ٣ فقرة ٣١٣١ - كه لان وكابيتان وحى لامورالديير ٣ فقرة ١١٤٧ -
(٤) انظر المادة ١/٨٤٦ مدني وانظر أيضا فقرة ٤٩٢ .

أو بيع ممارسة ، كان البيع قسمة أوقعت في نصيب الشريك المشتري هذا المال بأثر كاشف ، فيعتبر أنه قد تملكه منذ بدء الشروع^(١). ومن ثم تسقط تصرفات كل شريك آخر في هذا المال تكون قد صدرت في أثناء الشروع ، وتثبت تصرفات الشريك الذي وقع المال في نصيبه . أما الثمن الذي بيع به المال للشريك فيكون له حكم معدل القسمة ، ولكن يتعين دفعه دون انتظار انتهاء عمليات القسمة . وإذا كان المال قد بيع لأجنبي ، بيعا في المزاد أو بيع ممارسة ، فإن للتصرف يعتبر بيعا فيما بين الشركاء والمشتري^(٢) . ومن ثم يجوز للمشتري أن يظهر العقار المبيع من الرهون التي ترتبت عليه من الشركاء في أثناء الشروع^(٣). أما فيما بين الشركاء فالتصرف يعتبر قسمة لها أثر كاشف ، ومن ثم يعتبر الشريك الذي وقع في نصيبه ثمن المبيع هو وحده الذي باع المال الشائع للأجنبي ، وعلى ذلك يكون للدائن الذي رتب له هذا الشريك رهنا على العقار المبيع حق التقدم في الثمن الذي بيع به العقار دون أن يزاحمه دائن رتب له شريك آخر رهنا على العقار^(٤) .

(١) أوبر و ١٠ فقرة ٦٢٥ هامش ٦ ثانياً ، هامش ٦ ثالثاً - بيدان وليبال ه مكرر مقرر ٧٣٠ - بلانيول و ١ يير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٣٢ - كولان وكابيتان و دي لامورانددير ٣ فقرة ١١٤٩ .

(٢) نقض فرنسي ٢ يولييه سنة ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٦ - ١ - ٥٧ - ١٤ مارس سنة ١٩٥٠ دالوز ١٩٥٠ - ٣٩٦ - أوبري ورو ١٠ فقرة ٦٢٥ هامش ٦ أبا - بيدان وليبال ه مكرر مقرر ٧٢٥ - بلانيول و ١ يير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٣٣ - فقرة ٣١٣٤ - كولان وكابيتان و دي لامورانددير ٣ فقرة ١١٤٩ - فقرة ١١٥٠ .

(٣) وهناك نتائج أخرى ترتب على أن القسمة تعتبر قسمة إذا وقعت العين في نصيب أحد الشركاء ، وتعتبر بيعا إذا وقعت لأجنبي . فإن التصفية إذا اعتبرت قسمة جاز نقضها للغير ، وترتب عليها امتياز المتقاسم ، وكذلك ضمان الاستحقاق في القسمة . أما إذا اعتبرت التصفية بيعا ، فإنه لا يجوز نقضها للغير إلا إذا كانت العين عقارا وكان بين الشركاء من هو غير كامل الأهلية ، وترتب عليها امتياز البائع لا امتياز المتقاسم ، و ضمان الاستحقاق في البيع لا في القسمة (بلانيول وريير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٣٤) .

(٤) نقض فرنسي دوائر محكمة ٥ ديسمبر سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ١١٣ - نقض فرنسي ٢ يولييه سنة ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٦ - ١ - ٥٧ - ١٤ مارس سنة ١٩٥٠ دالوز ١٩٥٠ - ٣٩٦ - أوبري ورو ١٠ فقرة ٦٢٥ هامش ٢٥ - بيدان وليبال ه مكرر مقرر ٧٢٦ - فقرة ٧٢٨ - بلانيول وريير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٥٤ - فقرة ٣١٥٦ - كولان وكابيتان و دي لامورانددير ٣ فقرة ١١٥١ .

٥٧٨ — تصرفات تنازل القسمة فيكون لها أثر كاشف : ويعتبر

بيع أحد الشركاء حصته الشائعة لشريك آخر تصرفا معادلا للقسمة فيكون له أثر كاشف ، إذ تضاف الحصة المبعة إلى حصة الشريك المشتري ، ويتقاضى للشريك البائع ثمن حصته كما لو كان يتقاضى معادلا (١) ومن ثم يعتبر الشريك مالكا للحصة المبعة من وقت بدء الشروع ، لا من وقت البيع . أما إذا وهب أحد الشركاء حصته لشريك آخر ، فلا تعتبر الهبة معادلة للقسمة لأن القسمة من المعاوضات لا من التبرعات ، ومن ثم تكون الهبة ناقلة لا كاشفة (٢) .

ويعادل القسمة الكلية للقسمة الجزئية . فالتصرف الصادر لشريك من سائر الشركاء ، ويكون من شأنه أن ينهى الشروع بالنسبة إلى هذا الشريك وحده مع بقاء الآخرين في الشروع ، يكون تصرفا كاشفا ، وعلى ذلك يعتبر الشريك فيما يختص به من المال مفرزا مالكا له من بدء الشروع لا من وقت التصرف (٣) .

٥٧٩ — ب. مجال التطبيق من ناحية الأموال : ويتناول الأثر

(١) نقض فرنسي ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ - ١ - ٢٥ - أوباي ورو ١٠ - ٢٢٥ هامش ٧ إل ٨ ثانيا - بودري وقال في المواريث ٣ فقرة ٣٣٠٣ - بيدان وليبال ه. مكرر فقرة ٧١٤ - كملان وكابيتان ودي لامور انديير ٣ فقرة ٣١٣٦ .

(٢) أوباي ورو ١٠ فقرة ٢٢٥ هامش ٣ - بيدان وليبال ه. مكرر فقرة ٧١٤ - كولان وكابيتان ودي لامور انديير ٣ فقرة ١١٥٢ - وقارن پلانچيه وديبير وبولانچيه ٣ فقرة ٢١٣٧ - ويوجد في أحكام القضاء الفرنسي ما يقرر في عبارات عامة أن كل تصرف يكون الغرض منه إنهاء الشروع تماما ما بين الـ رثة ، أو ما بين الشركاء في الشروع ، تكون له حتما طبيعة القسمة ، أي كان الاسم الذي أعطاه المتعاقدون للتصرف (جرينوبل ٢٠ يناير سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٣ - ٢٠ - ١٢٧ - أورليان ٢٣ و ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٨ - ٢ - ٣٣٩) . ومن ثم قد قضى بأن بيع بعض أعيان التركة الصادر لأحد الورثة من سائرهم ياتى بقسمة التصفية ويحكم له أثر كاشف (ج. ينوبل ٢٠ يناير سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٣ - ٢ - ١٢٧) ، وعلى ذلك يعتبر الموارث في هذه الحالة مالكا لما اشترى من وقت موت المورث لا من وقت البيع .

(٣) نقض فرنسي ٢٣ مارس سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٣٢٦ - على أن القضاء الفرنسي ، في مجموعه ، يقضى بعكس ذلك ، ويشترط حتى يكون التصرف كاشفا أن ينتهى الشروع بالنسبة إلى جميع الشركاء (پلانچول وريبير وبولانچيه ٣ فقرة ٣١٤١ - أنسيكلويد دالوز ه. لفظ Succession فقرة ١٧٩٢ - فقرة ١٧٩٣) .

وانظر في فروم أخرى للقسمة الجزئية پلانچول وريبير وبولانچيه ٣ فقرة ٣١٤٣ -

فقرة ٣١٤٥ .

الكاشف كل الأموال الشائعة التي كانت محلا للقسمة وتم إفرازها ، فيتناول العقار والمنقول ، كما يتناول الأشياء المادية والحقوق المعنوية كمحق المؤلف . وبذلك يخرج من مجال تطبيق الأثر الكاشف ما يأتي :

أولاً - معدل القسمة ، فإذا قسمت أرض ودار شائعتان بين شريكين ، فأخذ أحدهما الأرض والآخر الدار ، على أن يدفع صاحب الأرض معدلاً لصاحب الدار ، فإن هذا المعدل مال أجنبي عن الأموال التي أفرزت بالقسمة وهي الأرض والدار . فيسرى الأثر الكاشف على كل من الأرض والدار ، ولا يسرى على المعدل . ومن ثم يعتبر كل من الأرض والدار ملكاً لصاحبه من وقت بدء الشيوع ، لا من وقت القسمة . أما المعدل فلا يسرى عليه الأثر الكاشف ، فيقوم التزاماً في ذمة المدين به بموجب القسمة ، ولكن بأثر ناقل لا بأثر كاشف . فلو أن المعدل كان عقاراً ، بأن التزم صاحب الأرض لصاحب الدار بإعطائه منزلاً صغيراً معدلاً للقسمة ، فإن القسمة بالنسبة إلى هذا المنزل الصغير تكون نافذة لا كاشفة ، ويترتب على ذلك أن ملكية المنزل لا تنتقل إلى صاحب الدار حتى فيما بين المتعاقدين إلا بالتسجيل .

ثانياً - الحقوق الشخصية (créances) التي تشتمل عليها التركة لا تدخل في الشيوع مع أموال التركة الشائعة ، بل تنقسم بمجرد وفاة المورث على الورثة كل بنسبة حصته في التركة (١) . ومن ثم لا تمر هذه الحقوق بمرحلة شيوع تسبق القسمة ، بل هي منذ البداية تنقسم بين الورثة كما قدمنا ، فلا مجال لإعمال الأثر الكاشف بالنسبة إليها . ويعتبر كل وارث صاحب حصته في الحق الشخصي من وقت وفاة المورث ، لا بفضل الأثر الكاشف للقسمة ، بل بفضل انقسام الحق الشخصي بمجرد وفاة المورث . وإذا كانت المادة ٩٠٧ مدني تنص على أنه « إذا اختص أحد الورثة عند القسمة بدين للتركة ، فإن باقي الورثة لا يضمنون له المدين إذا هو أعسر بعد القسمة ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك » ، فليس هذا معناه أن الحق الذي للتركة يبقى شائعاً بين الورثة إلى حين القسمة . فهو ينقسم ، كما سبق القول ، على الورثة ، ثم إذا وضع كل الحق عند القسمة

(١) ما لم تكن غير قابلة للتجزئة فتجوز عليها أحكام عدم القابلية للتجزئة ، لا أحكام الشيوع .

في نصيب أحد الورثة ، وإنما يكون ذلك في العلاقة فيما بين الورثة وحدهم أما بالنسبة إلى المدين بهذا الحق فإنه بموت المورث يصبح مدينا لكل وارث بمقدار حصته ، وعندما يقع الحق في نصيب وارث واحد عن طريق القسمة ، يجب على كل واحد من الورثة الآخرين أن يحول حصته في الحق لهذا الوارث عن طريق حوالة الحق . ولا يصبح هذا الأخير صاحب الحصص الباقية من الحق ، بالنسبة إلى المدين ، إلا من وقت صيرورة الحوالة نافذة في حق المدين بإعلانها أو بقبولها (١)

٥٨٠ — ٥٨١. مجال التطبيق من ناحية الأشخاص : يسرى الأثر

الكاشف بالنسبة إلى جميع المتقاسمين ، أي بالنسبة إلى جميع الملاك على الشيوع وقت القسمة . ويستوى في ذلك من كان يملك في الشيوع منذ بداية الشيوع ومن كان يملك في الشيوع بعد ذلك مادام أنه مالك في الشيوع وقت القسمة . ومن ثم يسرى الأثر الكاشف على جميع الورثة ، وكذلك على كل شخص غير وارث انتقلت إليه حصة الوارث في الشيوع قبل القسمة . فليس من الضروري إذن أن يكون جميع الملاك في الشيوع قد استملوا حقوقهم من سند واحد ، بل قد تختلف سندات التملك فيملك أحد الملاك المشتاعين بموجب سند معين ويملك مالك مشتاع آخر بموجب سند غير السند الأول ، ومع ذلك يسرى الأثر الكاشف لقسمة المال المشتاع بالنسبة إلى الاثنين معاً (٢) .

ويسرى أيضاً الأثر الكاشف بالنسبة إلى الغير . فإذا رهن أحد الملاك المشتاعين قبل القسمة حصته أو جزءاً مفرزاً من المال الشائع لدائن مرتين ، فإن هذا الدائن — وهو من الغير — يسرى في حقه الأثر الكاشف . ويترتب على ذلك أنه عند القسمة ينتقل إلى شريك آخر ، غير الشريك الراهن ، نصيبه المفرز حالياً من الرهن ، بفضل الأثر الكاشف للقسمة وقد سرى في حق

(١) ولكن الورثة يضمنون للوارث الذي وقع في نصيبه الحق ، ليس فحسب وجه الحق كما هي القاعدة العامة (م ٣٠٨/١ مدني) ، بل أيضاً يسار المدين وقت القسمة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك — انظر في هذه المسألة إسماعيل غانم فقرة ١٢٩ .

(٢) أوبري ورو ١٠ فقرة ٦٢٥ وهانش ٩ ثالثاً ورابعاً — بودري وثال في المواريث

٣ فقرة ٣٢٨٩ .

الدائن المرتهن وهو من الغير . وإذا رهن أحد الملاك المشتاعين عقارا شائعا ، ووقع هذا العقار كله في نصيب مالك مشتاع آخر ، فإنه ينتقل إلى هذا المالك نحاليا من الرهن ، وبذلك يسرى الأثر الكاشف هنا أيضاً في حق الدائن المرتهن . بل إن هذا الدائن المرتهن لا يكون له حق التقدم على نصيب مدينه في ثمن العقار ، فإن المدين يكون قد استبدل بحصته في العقار الذي رهنه مباحا من النقود ، وقد أصبح هذا المبلغ ضمانا لدائنيه جميعا ولا يتقدم عليهم الدائن المرتهن (١) .

٢٤ - النتائج التي تترتب على الأثر الكاشف

٥٨١ - بانه أهم هذه النتائج : من أهم النتائج التي تترتب على الأثر الكاشف للقسمة : (١) سقوط التصرفات الصادرة من الشركاء غير الشريك الذي وقع في نصيبه جزء مفرز . (٢) عدم اعتبار القسمة سببا صحيحا ناقلا للملكية . (٣) عدم ضرورة تسجيل القسمة في العلاقة التي تقوم فيما بين المتقاسمين .

وهناك نتائج تترتب على الأثر الكاشف للقسمة ، وما يستتبعه هذا الأثر من أن القسمة عقد مساواة ما بين المتقاسمين وليست عقد مضاربة . ومن أهم هذه النتائج : (١) نقض القسمة للغبن . (٢) عدم جواز استرداد المال المتنازع فيه إذا كان محلا للقسمة . (٣) ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة . ونقنول في إيجاز هذه النتائج بالبحث .

٥٨٢ - سقوط التصرفات الصادرة من الشركاء غير الشريك الذي

وقع في نصيبه جزء مفرز : بينا فيما تقدم حكم تصرف المالك المشتاع في حصته الشائعة أو في جزء مفرز من المال الشائع ، ورأينا أنه عند القسمة ووقوع جزء مفرز من المال الشائع في نصيب أحد الشركاء ، فإن هذا الجزء يخلص له نحاليا من أثر التصرفات التي صدرت من شركائه الآخرين في أثناء الشروع

(١) نقض فرنسي ١٦ أغسطس سنة ١٨٨٨ دالوز ٨٨ - ١ - ٢٤٩ - ٦ ديسمبر سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ١٨٠ - ١٢ يناير سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٠ - ١ - ٣٣ - يلايول رويير وبولانچيه ٣ فقرة ٣١٧٣ .

ويقع هذا بحكم الأثر الكاشف للقسمة ، فالشريك الذى وقع فى نصيبه جزء مفرز من المال الشائع يعتبر مالكا له منذ بدء الشيوع لا من وقت القسمة ، ومن ثم لا ينفذ فى حقه أى تصرف وقع من شريك آخر فى أثناء الشيوع ، ولا يثبت وينفذ إلا التصرفات الصادرة منه هو فى هذا الجزء المفرز . وهذه هى أهم نتيجة للأثر الكاشف للقسمة . وقد رأينا أن فكرة الأثر الكاشف نفسها لم تنبئ فى القانون الفرنسى القديم إلا لتحديد مصير التصرفات التى تصدر من الشركاء فى أثناء الشيوع ، حتى يخلص لكل منهم بعد القسمة نصيبه المفرز خاليا من تصرفات شركائه الآخرين ومثقلا بتصرفاته هو .

ويترتب على ذلك أن الشريك ، الذى يخلص له نصيبه المفرز خاليا من تصرفات شركائه ، يستطيع أن يطلب شطب الرهون وغيرها من التكاليف العينية المترتبة على نصيبه المفرز من جانب أحد الشركاء الآخرين . فيستطيع أن يطلب من هذا الشريك ، وعلى نفقته ، أن يحصل على شطب الرهن الرسمى ورهن الحيازة وحق الاختصاص وحق الامتياز المترتبة من جانبه .

وكما تسقط الحقوق العينية التبعية المترتبة من جانب الشريك الآخر ، كذلك تسقط الحقوق العينية الأصلية . فإذا رتب أحد الشركاء حق انتفاع على مال شائع ، ووقع هذا المال بالقسمة فى نصيب شريك آخر ، فإن هذا الشريك الآخر يخلص له المال خاليا من حق الانتفاع الذى رتبه شريكه .

كذلك إذا باع شريك مالا شائعا أو وهبه ، ووقع المال الشائع بالقسمة فى نصيب شريك آخر ، فإن عقد البيع أو عقد الهبة الصادر من الشريك الأول يسقط ، ويخلص المال للشريك الآخر خاليا من هذه التصرفات . ومن باب أولى يسقط حق امتياز البائع ، إذا اشترى شخص المال الشائع من شريك لم يقع فى نصيبه هذا المال عند القسمة ، بل آل إلى شريك آخر .

٥٨٣ — عدم اعتبار القسمة سببا صحيا فى التقادم القصير : إذا

اختص أحد الشركاء عند القسمة بعقار ، فإنه لا يعتبر مالكا له بموجب عقد القسمة إذ القسمة كاشفة لناقلة ، ولكنه يعتبر مالكا له كما قدمنا منذ بدء الشيوع .

ثم نفرض أحد فرضين : (١) أن يكون هذا العقار قد ورثه المشتاعون

في تركة مورثهم ، وأن هذا المورث لم يكن يملك هذا العقار بل كان مغتصباً لإياه أو واضعاً يده عليه دون سند تملك . فالوارث الذي وقع في نصيبه هذا العقار ، إذا استمر حائزاً له خمس سنوات وهو حسن النية ، لا يستطيع أن يملكه بالتقادم القصير . فهو لا يستطيع أن يستند إلى القسمة ، إذ هي لا تعتبر سبباً صحيحاً لأنها كاشفة والسبب الصحيح يجب أن يكون ناقلاً^(١) . ولا يستطيع أن يستند ، كسبب صحيح ، إلى الميراث وهو السبب الذي يصعد إليه كسند للملك نتيجة للأثر الكاشف للقسمة ، لأن الميراث ليس تصرفاً قانونياً بل هو واقعة مادية ، فلا يصلح سبباً صحيحاً في التقادم القصير . (٢) أن يكون العقار قد اشتراه المشتاعون من غير مالك شائعاً بينهم ، ووقع عند القسمة مفرزاً في نصيب أحدهم . فهذا الشريك إذا استمر حائزاً للعقار خمس سنوات وهو حسن النية ، لا يستطيع أيضاً أن يتمسك بالقسمة سبباً صحيحاً للملك بالتقادم القصير لما قدمنا . ولكنه بفضل الأثر الكاشف للقسمة يصعد إلى البيع الذي بموجبه اشترى هو وشركاؤه العقار ، ومن ثم يصير مالكا بالاستناد إلى هذا البيع ، وهو سبب صحيح لأنه ناقل للملكية . ونرى من ذلك أن الشريك يملك العقار بالتقادم القصير ، ولكن بفضل البيع لا بفضل القسمة^(٢) .

٥٨٤ — القسمة والتسجيل : ميز قانون الشهر العقاري في التسجيل بين العقود الناقلة للملكية كالبيع والعقود الكاشفة كالقسمة . ففي العقود الناقلة للملكية لا تنتقل الملكية بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين المتعاقدين إلا بالتسجيل . أما في العقود الكاشفة فالملكية تثبت فيما بين المتعاقدين بالعقد ذاته ولو لم يكن مسجلاً ، لأنه عقد كاشف لا ناقل ، فلا حاجة إلى تسجيل عقد يقتصر على كشف الملكية دون أن ينقلها . ومن ثم يعتبر كل متقاسم ، في علاقته بالمتقاسمين الآخرين ، مالكا ملكية مفرزة لنصيبه بالقسمة غير المسجلة^(٣) .

(١) نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٢ ص ٨١٩ .

(٢) نقض مدني ٢٤ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٠ ص ٧٠١ - ١٠ أكتوبر

سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩٧ ص ١٩٣ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها ، يعتبر المتقاسم

فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه دون غيره من -

أما بالنسبة إلى الغير ، فلا يحتاج بالقسمة عليهم إلا إذا سجلت (١). فإذا باع شريك بعد القسمة وقبل تسجيلها حصته في العقار شائعة ، وسجل المشتري البيع قبل أن تسجل القسمة ، استطاع المشتري أن يحتاج بعقده المسجل على الشركاء . فإذا كان العقار المبيع قد وقع في حصة شريك غير البائع ، فإن المشتري يستطيع أن يحتاج عليه بعقد البيع الذي سجل قبل تسجيل عقد القسمة (٢). أما إذا كان عقد القسمة قد سجل قبل تسجيل عقد البيع ، فإن الشريك الذي وقع في نصيبه العقار يستطيع أن يحتاج بعقد القسمة على المشتري ، ومن ثم لا يعتد بالبيع الصادر لهذا المشتري (٣).

ولكن إذا كان المتقاسم لا يستطيع أن يحتاج على الغير بالقسمة إلا إذا سجلت ، فإن الغير يستطيع أن يحتاج على المتقاسم بالقسمة غير المسجلة . فالمشتري للحصة الشائعة في المثل الذي قدمناه ، إذا سجل عقد شرائه ، وكانت للقسمة لم تسجل ، يكون له الحق ، بالرغم من عدم تسجيل القسمة ، أن يتمسك بها في مواجهة الشركاء . فقد أصبح بشرائه الحصة الشائعة شريكا معهم ، وله أن يعتبر القسمة غير المسجلة نافذة في حقه وفي حق سائر الشركاء (٤) .

— أجزاء العقار المقسم ، وبأنه لا يحتاج بهذه الملكية المفروزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة (نقض مدني ٢ أ ب يل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨١ ص ٥٠٣) . انظر أيضاً نقض مدني ٣ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني في ٢٥ عاما جزء ٢ ص ٨٨٥ . (١) ولما كانت القسمة كاشفة عن الملكية لا ناقله لها ، فإن رسوم تسجيلها أقل من رسوم العقود الناقلة للملكية كالبيع .

(٢) نقض مدني ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة ١ رقم ٢٧٦ ص ٨٢١ - ٣٠ أكتة بر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٥ ص ١٣٧٥ - وقرب نقض مدني ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة المكتب الفني في ٢٥ عاما جزء ٢ ص ٩٨٧ - وقارن استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ المهامة ٣٢ رقم ١٠٥ ص ٢٣٧ . فيكون للمشتري طلب الحكم بتثبيت ملكيته للحصة الشائعة المبينة له ، ويجوز أن يطلب إجراؤه قسمة جديدة ، إذ لا يزال العقار شائعا في حقه ، وقد أصبح شريكا على التبع في (إسماعيل غانم فقرة ١١٥ ص ٢٦٧) .

(٣) انظر في أثر سوء النية والنواطر في صحة التسجيل في العقود الناقلة كالبيع وفي العقود الكاشفة كالقسمة الوسيط ٤ فقرة ٣٩٠ - وقارن إسماعيل غانم فقرة ١١٥ ص ٢٦٧ - ص ٢٦٩ . (٤) والغير هنا ، بمعنى للفني ، هو كل من تلقى حقا عينيا على العقار وهو لا يزال شائعا ، وقام بتسجيل عقده طبقا للقانون ، وذلك كالمثل الذي أوردناه في المتن . ويوجد كذلك ، إلى جانب —

الغير بمعناه الفنى ، شخص أجنبى أصلا عن عقد القسمة ، وهذا له أيضاً أن يتسلك فى مه اجتهاد
الشركاء بعد القسمة وله لم يسجل . فإذا كانت هناك أرض شائعة بين مالكين واقتسماها فاختص
أحدهما بالقسم الشرقى من الأرض والآخر بالقسم الغربى ولم تسجل القسمة ، وباع الجار الملاصق
للقسم الشرقى أرضه ، وهذا الجار يعتبر أجنبياً أصلاً عن القسمة ، لم يجز للشريك الذى وقع فى نصيبه
القسم الذى أخذ بالشفعة . ذلك أن هذا الشريك قد اعتبر ، بالنسبة إلى الجار الملاصق للقسم الشرقى ،
مالكا ملكية مفردة للقسم الغربى بالقسمة حتى قبل أن تسجل ، ولم يصبح مالكا للقسم الشرقى
الملاصق للمقار المشفوع فيه ، فلم يعد جاراً ملاصقاً حتى يصبح له الأخذ بالشفعة ، ويستطيع
الجار - وهو أجنبى أصلاً عن القسمة كما قلنا - أن يتسلك عليه بالقسمة غير المسجلة (انظر
إسماعيل غانم فقرة ١١٥ ص ٢٦٥ هامش ١ - وقارن نقض مدنى ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ مج ٤
ع ٣ رقم ١٣٨ ص ٤٠٩ - ١٧ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١١١
ص ٨٥١)

والمشترى لجزء مفرد بعد القسمة لا يعتبر من الغير بمعناه الفنى ، فليس له أن يحتج بعدم
تسجيل القسمة . فإذا اقتسم شريكان أرضاً ، واختص كل منهما بجزء مفرد منهما ، وقبل تسجيل
القسمة باع أحد الشريكين نصيبه المفرد ، فليس للمشتري لهذا النصيب أن يحتج بعدم تسجيل القسمة ،
وأن الأرض لا تزال على الشيوع ، وأنه بشرائه النصيب المفرد قد أصبح مالكا على الشيوع (نقض
مدنى ١٥ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٥ ص ٤٣ : انظر نقداً لأسباب الحكم
وقد اعتبرت المشتري « غيراً » إسماعيل غانم فقرة ١١٥ ص ٢٦٦ كالمش ٢) . ومع ذلك قضت
محكمة النقض فى حكم آخر بأنه إذا كان التصرف فى الجزء المفرد لاحقاً لإجراء قسمة لم تسجل ،
فإن الأمر لا يخرج عن أحد فرعين : (الأول) أن يكون الشريك البائع قد تصرف فى نصيبه
الذى خصص له فى القسمة ، وفى هذه الحالة تكون القسمة حجة على المشتري ، ولا يجوز له أن
يتحلى منها بحجة عدم تسجيلها ، إما على أساس أنه لا يعتبر من الغير لأنه قد بى حقه على أساس
القسمة التى تمت لا على أساس أن الشيوع ما زال قائماً ، وإما على أساس أنه بشرائه الجزء المفرد
الذى اختص به الشريك البائع بمقتضى القسمة غير المسجلة يكون قد ارتضاها . (الثانى) أن يقع
التصرف على جزء مفرد غير الجزء الذى اختص به الشريك البائع بمقتضى القسمة غير المسجلة -
فى هذه الحالة لا يتلق المشتري حقه على أساس القسمة إذ هو قد أنكها بشرائه ما لم تخصصه للبائع
له ، وإنما على أساس أن الشيوع ما زال قائماً رغم إجراء القسمة ، ومن ثم فإن المشتري إذ سجل
عقده قبل تسجيل القسمة يعتبر فى هذا الفرع من الغير ، ولا يحتج عليه بالقسمة التى تمت ،
ويكون له إذا لم يتض هذه القسمة أن يطلب إجراء قسمة جديدة (نقض مدنى ٢ ديسمبر سنة ١٩٦٥
مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٨٤ ص ١١٧٢) .

وكذلك المشتري لجزء مفرد قبل القسمة لا يعتبر من الغير ، ويحتج عليه بالقسمة غير المسجلة .
وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يكون لمن اشترى جزءاً مفرداً قبل القسمة ، ولم يقع هذا الجزء
المفرد فى نصيب البائع له بموجب القسمة ، أن يطلب الحكم بصحة عقد البيع بالنسبة إلى ذلك
الجزء ذاته ، طالما أن القسمة وإن كانت لم تسجل ، تعتبر حجة عليه ، وترتب انتقال حقه من
الجزء المفرد المعقود عليه إلى النصيب الذى اختص به البائع له بموجب تلك القسمة (نقض مدنى
٢ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨١ ص ٥٠٣) .

٥٨٥ — النتائج المترتبة على أنه القسمة عقد مساواة بناء على الأمر

الأسف وليست عقد مضاربة : وقد ذكرنا فيما تقدم (١) من هذه النتائج ثلاثا : نقض القسمة للغبن وعدم استرداد المال المقسوم المتنازع فيه وضمان التعرض والاستحقاق في القسمة .

والمقارنة في كل هذا تقوم بين البيع والقسمة ، فالبيع عقد مضاربة تتغابن فيه الناس عادة ، أما القسمة فعقد مساواة بين المتقاسمين وقد نظمها القانون على أساس هذه المساواة وجعله كاشفا عن الملك لا ناقلا له ، فالملك يؤول بالقسمة إلى المتقاسم بمقداره لا بأكثر ولا بأقل .

ويترتب على ذلك ، أولا ، أن الغبن الفاحش غير مسموح به في القسمة . فإن كانت قضائية ، ففي الإجراءات التي تحاط بها والضمانات التي تصحبها ما يكفل منع الغبن الفاحش . وإن كانت اتفاقية ، فقد رأينا (٢) أنه يجوز نقض عقد القسمة للغبن إذا زاد على الخمس ، ولا يمنع نقض العقد إلا أن يرفع الغبن كله عن المتقاسم المغبون بأكمال ما نقص من حصته نقداً أو عينا (م ٨٤٥ مدني) ، وهذا كله تحقيقاً للمساواة ما بين المتقاسمين ، فإن غبن أحدهم يخل بهذه المساواة . أما البيع فالأصل فيه ألا ينقض للغبن ، فهو من عقود المضاربة كما قدمنا ، ويسمح فيه حتى بالغبن الفاحش مادام تراضى المتبايعين تحالفاً من العيوب . وفي حالة استثنائية في البيع ، حالة بيع عقار من لم تتوافر فيه الأهلية ، يجوز رفع دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا زاد على الخمس ، ولكن حتى في هذه الحالة يقتصر المشتري على إكمال الثمن إلى أربعة أخماس قيمة العقار لا إلى قيمة العقار كلها . ويترتب على ذلك ، ثانياً ، أنه لا يجوز استرداد المال المفروز الذي وقع في نصيب أحد الشركاء بالقسمة إذا كان هذا المال متنازعا فيه . وهذا بخلاف البيع ، فقد نصت المادة ١/٤٦٩ مدني على أنه « إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر ، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع » . فالبيع عقد مضاربة ، ومن ثم يعتبر من يشترى الحق

(١) انظر آتفا فقرة ٥٨١ .

(٢) انظر آتفا فقرة ٥٤٥ وما بعدها .

المتنازع فيه مضارباً يتصيد شراء الحقوق المتنازع فيها بأبخس الأثمان ليكسب من وراء ذلك الشيء الكثير . فأراد القانون أن يرد عليه قصده . وأجاز لمن عليه الحق المتنازع فيه أن يسترده من مشتريه المضارب إذا هو رد له الثمن الحقيقي الذي دفعه لصاحب الحق مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع . وليس الأمر مقصوراً على البيع ، بل يمتد إلى كل نزول عن الحق المتنازع فيه بمقابل ، مادام هذا النزول ناقلاً للملكية الحق . أما القسمة فهي كاشفة عن الحق وليست من عقود المضاربة ، ولذلك يمتنع أن يسترد المتنازع في الحق هذا الحق المتنازع فيه إذا آل بالقسمة إلى أحد الشركاء . فلو أن حقه متنازعا فيه وقع في نصيب أحد الشركاء مقوماً بأقل من قيمته ، لم يجوز لمن عليه الحق أن يسترده من هذا الشريك ويرد له ما قوم به الحق في القسمة . وقد منع القانون استرداد الحق المتنازع فيه لو آل إلى أحد الشركاء حتى بالبيع لا بالقسمة ، فقد قضت المادة ٤٧٠ مدني بمنع الاسترداد « إذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين ورثة أو ملاك وباع أحدهم نصيبه للآخر » ، فيكون منع الاسترداد في القسمة أولى .

ويترتب على ذلك ، ثالثاً ، أن ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة ينفرد ببعض أحكام خاصة تميزه عن ضمان التعرض والاستحقاق في البيع ، ومنبين ذلك فيما يلي (١) .

(١) وهناك أحكام يشترك فيها البيع والقسمة ، لأنها تتعلق بمسائل لا ترجع إلى الأثر الناقل أو الأثر الكاشف . من ذلك أن امتياز المتقاسم تسرى عليه أحكام امتياز البائع فيما عدا القليل ، وأساس امتياز البائع أن البائع قد أضاف بالبيع جديداً إلى ذمة المشتري ، أما أساس امتياز المتقاسم فهو ضرورة تحقيق المساواة بين المتقاسمين . ومن هذه الأحكام جواز فسخ القسمة لعدم دفع المعدل أو لعدم دفع ثمن التصفية أو لعدم دفع التعويض في ضمان التعرض والاستحقاق . وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى عدم جواز فسخ القسمة في هذه الحالات ، ويكتفى بمطالبة المتقاسم المحل بالتزامه أن يني بهذا الالتزام ، وذلك محافظة على مصلحة بقية المتقاسمين الذين يضرهم نقض القسمة بالفسخ . وهذا القضاء ل للنظر . والأولى أن يد الفسخ على القسمة كما يرد على البيع ، ويترك الأمر في الحكم بالفسخ إلى تقدير القاضي ، وهو الذي يغلب المصلحة الراجحة ، فيقضي بفسخ القسمة أو لا يقضي . وهذه هي القاعدة العامة في الفسخ . فلا محل لاستثناء عقد القسمة منها (الوسيط ١٤٦٨ - إسماعيل غانم ١٢٢ - حسن كيرة ١٣٩ ص ٤٧٠ - وقارن استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧٧ والحكم بمنع فسخ القسمة جريباً على نهج القضاء الفرنسي) .

المطلب الثاني

ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة

٥٨٦ - نص قانوني : تنص المادة ٨٤٤ مدني على ما يأتي :

« ١ - يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة ، ويكون كل منهم ملزماً بنسبة حصته أن يعرض مستحق الضمان ، على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته يوم القسمة . فإذا كان أحد المتقاسمين معسراً ، وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين » .

« ٢ - غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها . ويمتنع الضمان أيضاً إذا كان الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه »^(١) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن القضاء المصري كان في مجموعه يسير على هذه الأحكام .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٧٩٨ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٤٨ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٠٧٦ - وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٩٤٨^(٢) .

— وانظر في جواز إبطال القسمة إذا وقعت في فترة الرية تطبيقاً للمادة ٢٢٨ تجاري ، أسوة بسائر المعاولات ، فتستوى القسمة مع البيع في ذلك : إسماعيل غانم فقرة ١٢٣ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢١٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، عدا بعض خلافات أهمها ما ورد في الفقرة الثانية من نص المشروع التمهيدى من أنه « لا محل للضمان إذا كان هناك شرط خاص صريح في سند القسمة يقضى بالإعفاء من الضمان .. » . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ٩١٥ في المشروع النهائي ، بعد إدخال تعديلات طفيفة وحذف عبارة « في سند القسمة » ، فصار النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه لمس الدواب تحت رقم ٩١٣ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٤٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٤ - ص ١٢٦) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٩٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٤٨ (مطابق) .

ويتبين من النص سالف الذكر أن كل متقاسم يضمن للمتقاسمين الآخرين ما يقع لهم من تعرض أو استحقاق في المال المفرز الذي وقع في نصيبهم نتيجة للقسمة . ولما كان ضمان التعرض والاستحقاق مفهوما في البيع وقائما على أنه عقد ناقل للملكية فيجب على البائع أن يضمن للمشتري الملكية التي نقلها له ، فإن هذا الضمان في القسمة ، والقسمة كاشفة لا ناقلة ، يقوم على أساس آخر هو أن القسمة تقتضي المساواة التامة فيما بين المتقاسمين . فإذا وقع لأحدهم تعرض أو استحقاق فقد اختلت هذه المساواة ووجب الضمان^(١)

ويجب ، فيما لم يرد فيه نص في ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة ، أن نرجع إلى أحكام ضمان التعرض والاستحقاق في البيع ، ما لم تكن هذه الأحكام تتعارض مع وصف القسمة بأنها كاشفة أو مع تحقيق المساواة ما بين المتقاسمين^(٢)

ويجب الضمان في كل قسمة ، اتفاقية كانت أو قضائية ، عينية أو قسمة تصفية ، بمعدل أو بغير معدل ، صريحة أو فعلية . ويمتد الضمان للتصرفات المعادلة للقسمة .

ونتكلم في : (١) الشروط الواجب توافرها لقيام ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة . (٢) الآثار التي تترتب على تحقق هذا الضمان .

§ ١ - الشروط الواجب توافرها لقيام الضمان

٥٨٧ - شروط أربعة : يشترط لقيام الضمان توافر شروط أربعة :

- التقنين المدني العراقي م ١٠٧٦ (مطابق للفقرة الأولى من المادة ٨٤٤ مصري) .
- قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٩٤٨ : يضمن كل من الشركاء المتقاسمين أنصبة سائر الشركاء للأسباب السابقة على القسمة طبقاً للأحكام الموضوعة للبيع . (ويضع القانون اللبناني أحكاماً واحدة لضمان التعرض والاستحقاق في البيع وفي القسمة) .
- (١) بلانيول وريهير وبولانجييه ٣ فقرة ٣١٧٥ - لذلك قد تكون بعض أحكام الضمان في القسمة أشد من نظيرتها في البيع ، وذلك تحقيقاً للمساواة بين المتقاسمين . من ذلك جمل المتقاسمين مسئولين عن حصة المعسر منهم في القسمة ، وتقدير قيمة الشيء وقت القسمة لا وقت الاستحقاق ، وعدم جواز الإعفاء من الضمان في عبارات عامة ، وسنعرض لتفصيل ذلك فيما يلي .
- (٢) وقد قضت محكمة النقض ، في عهد التقنين المدني السابق ، وكان هذا التقنين لا يشمل على نص في ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة ، بأن القواعد التي تحكم ضمان البائع هي التي تحكم ضمان المتقاسم (نقض مدني ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٧ ص ١٩٣)

(١) وقوع تعرض أو استحقاق : (٢) لسبب سابق على القسمة . (٣) عدم رجوع الاستحقاق إلى خطأ المتقاسم نفسه . (٤) عدم وجود شرط يعنى من الضمان .

٥٨٨ — الشرط الأول — وقوع تعرضه أو استحقاقه : فيجب أن

يقع تعرض أو استحقاق ، ولا يكفي أن تكون هناك عيوب خفية في المال المفروز الذى وقع في نصيب المتقاسم . والقانون لم يوجب في القسمة ضمانا للعيوب الخفية كما أوجب في البيع . ويرجع ذلك إلى سببين : أولهما أن الأموال الشائعة إذا كانت فيها عين معينة ، فلا بد من دخول هذه العين في القسمة ومن وقوعها في نصيب أحد الشركاء ، فهذا لا يمكن التحرز منه ، ومن ثم لا يكون هناك ضمان خاص للعيوب الخفية في القسمة . والسبب الثانى أنه يمكن في القسمة الاتفاقية مواجهة العيوب الخفية بجزء خاص بالقسمة ، وهو الجزء الخاص بالغبن . فإذا وقعت عين معينة في نصيب أحد الشركاء ، وكان العيب بحيث يلحق بالمتقاسم غبنا يزيد على الخمس ، فإن له أن ينقض القسمة للغبن ، إلا إذا أكمل ما نقص من حصته بسبب العيب ، على التفصيل الذى أسلفناه في نقض القسمة للغبن .

والذى يؤخذ من نص المادة ٨٤٤ مدنى سالفة الذكر أن التعرض ، والاستحقاق إنما يقعان من الغير لا من أحد المتقاسمين أنفسهم ، وهذا ما عرض له النص . أما إذا وقع التعرض من أحد المتقاسمين ، فإنه يجب تطبيق القواعد العامة . وتطبيق هذه القواعد يقتضى أن المتقاسم يجب أن يمتنع عن التعرض للمادى لمتقاسم آخر . فإذا كان في الأموال الشائعة متجر وقع مفروزاً في نصيب أحد المتقاسمين ، لم يجوز لمتقاسم آخر أن يتعرض تعرضاً مادياً للمتقاسم الذى وقع في نصيبه المتجر ، فيقيم متجراً آخر ينافسه ويعمل على جذب عملاء المتجر الأول . وهذا ما يقتضيه مبدأ حسن النية في تحديد مضمون العقد وتنفيذه (م ١٤٨ مدنى) . أما إذا كان تعرض المتقاسم مبنيًا على سبب قانونى ، كأن كان في الأموال التى كانت محلاً للقسمة عين مملوكة ملكاً خاصاً لأحد المتقاسمين وليست شائعة ، ف وقعت في نصيب متقاسم آخر ، كان للمتقاسم المالك لهذه العين أن يستردها منه ، ولا يمنعه من ذلك التزام بالضمان . ذلك أن

القسمة كاشفة عن الحق لا ناقله له ، والمالك للعين لم ينقل ملكيتها بالقسمة للمتقاسم الآخر ، فليس عليه التزام بالضمان . وإنما يجوز هنا إبطال القسمة للغلط ، كما يجوز ، بعد أن يسترد المالك العين المملوكة له ، أن يطالب المتقاسم الذى وقعت هذه العين فى نصيبه نقض القسمة للعين إذا توافرت شروطه ، أو يرجع بضمان الاستحقاق على الوجه الذى سنبينه . وهذه الأحكام عنها هى التى يجب تطبيقها حتى إذا وقعت العين فى نصيب المتقاسم نفسه الذى يملكها . ملكا خاصا ، فإن لهذا المتقاسم أن يرجع بضمان الاستحقاق على المتقاسمين معه ، كما له أن يطلب إبطال القسمة للغلط ، أو نقضها للعين (١) .

والتعرض الذى يقع من الغير ، فيوجب ضمان الاستحقاق ، ليس هو التعرض للمادى ، فإن المتقاسم لا يضمن التعرض للمادى الصادر من الغير كما لا يضمنه البائع . وإنما يضمن المتقاسمون التعرض الصادر من الغير إذا كان مبذرا على سبب قانونى . فإذا ادعى شخص استحقاق عين وقعت فى نصيب أحد المتقاسمين ، أو ادعى عليها حقا عينيا كحق انتفاع ، أو حقا شخصيا كما لو استأجر العين من المورث شخص بأجر يقل من أجر المثل ، فإن ضمان الاستحقاق يقوم فى جميع هذه الأحوال . ويجب أن يقع التعرض فعلا من الغير ، فيدعى حقا ويرفع دعوى بهذا الحق (٢) على أن رفع الدعوى أمام القضاء ، وإن كان التعرض من الغير يقع به فى الغالب ، ليس ضروريا لوقوع التعرض فعلا ، فقد يقع التعرض من الغير دون أن ترفع به دعوى . ويتحقق ذلك إذا اعتقد المتقاسم أن الغير على حق فيما يدعيه ، فيسلم له ادعائه أو يصالحه عليه . ولكن للمتقاسمين المدينين بالضمان فى هذه الحالة أن يثبتوا أن الغير لم يكن على حق فيما يدعيه على خلاف ما اعتقده المتقاسم ، وعندئذ يفقد هذا الأخير

(١) انظر فى هذا المعنى بودرى وثال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤٠١ - إسماعيل غانم فقرة ١٣٥ مكررة . ويذهب بعض الفقهاء إلى أن المتقاسم يضمن تعرضه المبنى على سبب قانونى ، فلا يستطيع استرداد العين المملوكة له ملكا خاصا ، ولا يبق أمامه إلا إبطال القسمة للغلط (پلانيول وريپير ومورى وفيالتون ٤ فقرة ٦٨٦ ص ٩٣٢ - پلانيول وريپير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٨٧) .

(٢) فجرد علم المتقاسم بأن هناك حقا للغير قد يقع تعرض بسببه لا يكفى لقيام ضمان الاستحقاق ، ولكن يجوز فى هذه الحالة للمتقاسم أن يمتنع عن الوفاء بما التزم به بموجب القسمة ، فيحبس ما التزم به من معدل أو الثمن الذى رسا به المزداد عليه ، حتى يزول الخطر .

حقه في الرجوع بالضمان . كذلك يعتبر التعرض واقعا فعلا دون أن ترفع دعوى إذا ملك المتقاسم الدائن بضمان الاستحقاق العين بسبب آخر لا يرجع إلى القسمة ، مثل ذلك أن يرث المتقاسم هذه العين من مالكها أو يشتريها منه ، فتكون العين في الواقع من الأمر قد استحققت للمالك الحقيقي ثم انتقلت ملكيتها منه إلى المتقاسم ، ومن ثم تكون العين قد استحققت فعلا فوجب ضمان الاستحقاق .

٥٨٩ - الشرط الثاني - سبب سابق على القسمة : ويجب أيضاً ،

لقيام ضمان الاستحقاق ، أن يكون الحق الذي بدعيه الغير حقا يدعى أنه موجود قبل القسمة . وهذا ما تصرح به الفقرة الأولى من المادة ٨٤٤ مدني . سألقة الذكر ، إذ تقول : « يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة .. » . فإذا كان سبب الاستحقاق تاليا للقسمة لا قبلها ، فلا ضمان^(١) . مثل ذلك أن تنزع ملكية العين من تحت يد المتقاسم للمنفعة العامة ، وذلك بعد تمام القسمة . ومثل ذلك أيضاً أن تكون العين التي وقعت مفرزة في نصيب المتقاسم في جيازة أجنبي مدة طويلة ولكنها مدة غير كافية ليكسبها الحائز بالتقادم . ففي هذه الحالة تظل العين مملوكة للمتقاسم ، وعليه أن يقطع التقادم . فإذا أهمل في قطعه حتى تكاملت المدة وأصبحت العين مملوكة للحائز ، فإن المتقاسم لا يرجع بضمان الاستحقاق ، لأن سبب الاستحقاق وهو التقادم قد تحقق بعد القسمة لا قبلها ، والضمان لا يقوم إلا لسبب سابق على القسمة^(٢) كما قدمنا . وسنرى فيما يلي أن هذا الفرض الذي نحن بصددده لا يقوم فيه الضمان لسبب آخر ، هو أن الاستحقاق راجع إلى خطأ المتقاسم لأنه أهمل في قطع التقادم واسترداد العين . أما إذا كان الحائز قد استكمل مدة التقادم قبل القسمة فصارت العين مملوكة له قبل أن تقع بالقسمة في نصيب المتقاسم ، فإن ضمان الاستحقاق يقوم

(١) وقد قضت محكمة النقض بالألا^١ يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق إلا فيما كان منها لسبب سابق على القسمة ، فيمتنع الضمان إذا كان التعرض أو الاستحقاق لسبب لاحق للقسمة (نقض مدني ٢٦ أ ب يل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٧٨ ص ٥٠٦) .

(٢) ديمواوب ١٧ فقرة ٣٤٣ - لوران ١٠ فقرة ٤١٢ - بودري وقال في المواريث

٣ فقرة ٣٤٠٦ .

في هذا الفرض لأن سبب الاستحقاق وهو التملك بالتقادم قد تحقق قبل القسمة ، فكان الاستحقاق راجعاً لسبب سابق على القسمة . ويلحق بهذا الفرض ما إذا كان الحائز وقت القسمة قد قارب استكمال مدة التقادم ، بحيث لم يبق إلا وقت قصير لا يتمكن فيه المتقاسم من اتخاذ إجراءات تقطع التقادم . فإذا كان الحائز قد وضع يده على العين مدة خمس عشرة سنة إلا شهراً مثلاً ، ثم وقعت العين بالقسمة في نصيب المتقاسم ، فإن المتقاسم لا يتيسر له في الشهر الباقي لتمام مدة التقادم أن يكشف عن هذا الوضع وأن يتخذ الإجراءات اللازمة لقطع التقادم . فيكون الحق الذي يتمسك به الغير في هذا الفرض في حكم الثابت قبل القسمة ، ومن ثم يقوم ضمان الاستحقاق^(١) .

٥٩٠ - الشرط الثالث - عدم رجوع الاستحقاق إلى خطأ المتقاسم

نفسه : وتقول العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٨٤٤ مدني سالفه الذكر : « ويمتنع الضمان أيضاً إذا كان الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه » . وقد رأينا فيما تقدم^(٢) مثلاً لاستحقاق يرجع إلى خطأ المتقاسم ، فما إذا كانت العين التي وقعت في نصيبه في حيازة حائز لم يستكمل مدة التقادم ، وأهمل المتقاسم في قطع المدة واسترداد العين حتى اكتملت مدة التقادم وأصبحت العين مملوكة للحائز^(٣) .

ويكون سبب الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم أيضاً ، إذا رفع عليه للغير دعوى الاستحقاق فتولى وحده الدفاع في الدعوى ، دون أن يدخل المتقاسمين فيها ، وأهمل التمسك بدفع كان يؤدي إلى رفضها . فيفقد في هذا

(١) أوبر ورر ١٠ فقرة ٦٢٥ هامش ٣٥ - إسماعيل غانم فقرة ١٣٦ ص ٣١٦
وهامش ٢ - انظر عكس ذلك دي باج وديك ز ٩ فقرة ١٤٢٣ ص ١٠٦٤ - وقارن بودري وقال في المواهب ٣ فقرة ٣٤٠٧ ص ٧١٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٨٩ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى : « ويسقط الضمان كذلك إذا كان سببه راجعاً إلى خطأ المتقاسم ، كأن أهمل في قطع التقادم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٢٨) .

الفرض حقه في الضمان^(١) . وقد قيس هذا الفرض على الفرض المنصوص عليه صراحة في ضمان الاستحقاق في البيع ، إذ تنص المادة ٣/٤٤٠ مدني على ما يأتي : « وإذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى في الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضي ، فقد حقه في الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق » . ويفقد المتقاسم حقه في الضمان حتى لو كان الدفع الذي أغفل التمسك به هو الدفع بالتقادم ، بأن كان حائزاً للعين وتملكها بالتقادم ، ولكنه أغفل التمسك بهذا الدفع إطاعة لوصي ضميره . فقد كان عليه أن يدخل المتقاسمين الآخرين في الدعوى ، وكانوا هم يتولون عنه الدفع بالتقادم ، فلا يضطر أن يتمسك شخصياً بهذا الدفع^(٢) . كذلك يكون سبب الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم ، إذا تولى وحده الدفاع في دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من الغير ولم يدخل المتقاسمين الآخرين ، وأقر بالحق للغير أو انتهج سبيلاً للدفاع أدى إلى خسارته للدعوى ، إذا أثبت المتقاسمون الآخرون أن الغير لم يكن على حق في دعواه ، وذلك قياساً على المادة ٤٤١ مدني الواردة في ضمان الاستحقاق في البيع .

٥٩١ - الشرط الرابع - عدم وجود شرط يعفى من الضمان :
وتقول العبارة الأولى من الفقرة الثانية من المادة ٨٤٤ مدني سالف الذكر : « غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها.. » . ويحسن أن نضع إلى جانب هذا النص النص المقابل في ضمان الاستحقاق في البيع ، لنبين أن المشرع قد توخى في القسمة أن يكون أكثر تشدداً فيما يتعلق بالإعفاء من الضمان ، فاشترط ، على خلاف البيع ، أن يكون شرط الإعفاء صريحاً ووارداً على الحالة الخاصة التي نشأ عنها الضمان . فقد نصت المادة ٤٤٥ مدني ، فيما يتعلق بضمان الاستحقاق

(١) ديمولومب ١٧ فقرة ٣٣٥ - لوران ١٠ فقرة ٣٥٦ - بودري وقال في المواريث ٣

فقرة ٣٤١٤ .

(٢) ديمولومب ١٧ فقرة ٣٥٥ - لوران ١٠ فقرة ٣٥٦ - بودري وقال في المواريث ٣

فقرة ٣٤١٤ - إسماعيل غانم فقرة ١٣٦ ص ٣١٧ هامش ٢ .

في البيع ، على ما يأتي « ١ - يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق ، أو أن ينقصا منه ، أو يسقطا هذا الضمان . ٢ - ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري . ٣ - ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي » .
ونرى من هذه النصوص أن أحكام الضمان ، سواء في البيع أو في القسمة ، ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على تعديها ، بالزيادة أو النقص أو الإسقاط .

ومثل الاتفاق على زيادة الضمان اشتراط ضمان نزع ملكية العين بعد القسمة أو بعد البيع ، واشتراط ضمان يسار المدين عند الرفاء .

ومثل الاتفاق على إنقاص الضمان اشتراط عدم ضمان حقوق الارتفاق في القسمة أو في البيع ، ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع أو كان المتقاسمون قد تعمدوا إخفاء حق الارتفاق . ذلك أنهم يكونون قد ارتكبوا غشاً واشتراطوا عدم مسئوليتهم عنه ، ولا يجوز طبقاً للقواعد العامة اشتراط عدم المسئولية عن الغش حتى لو كانت المسئولية عقدية . ويفترض في حق الارتفاق أن البائع أو المتقاسمين قد اشتراطوا عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري . فيكفي إذن أن يكون المشتري أو المتقاسم عالماً بحق ارتفاق قائم على العقار ، ويكون حاضراً آنياً من طريق ظهور هذا الحق أو الإبانة عنه ، حتى يكون هذا العلم بمثابة شرط بعدم الضمان . وكان الأصل أن هذا العلم وحده لا يكفي ، بل يجب أن يشترط عدم الضمان ، ويكون الشرط صريحاً فيما يتعلق بالقسمة (١) .

بقي الاتفاق على إسقاط الضمان . ففي البيع يجوز للبائع إخفاء نفسه من الضمان بعبارة عامة لا يذكر فيها سبب الاستحقاق بالمدة التي يريد إخفاءه منه ، ويصح أن يكون الشرط صريحاً أو ضمنياً . وإذا أراد البائع إخفاء نفسه ، لا فحسب من التعويض ، بل أيضاً من دفع قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، أنه يمكن أن يشترط ولو ضمنياً إسقاط الضمان ويثبت في الوقت ذاته أن

(١) انظر في هذه المسألة الوسيط ٤ فقرة ٣٥٨ .

المشتري كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق أو يثبت أن المشتري عندما قبل شرط إسقاط الضمان قد اشترى ساقط الخيار أى عالماً بأن البيع احتمالي وقد أقدم عليه مخاطراً^(١). أما في القسمة ، فقد تشدد المشرع كما قدمنا ، واشترط للإعفاء من الضمان أولاً أن يكون شرط الإعفاء صريحاً فلا يكفي للشرط الضمني^(٢)، واشترط ثانياً أن يذكر في شرط الإعفاء سبب الاستحقاق بالذات المراد بالإعفاء من ضمانه ، وذلك كله تحقيقاً للمساواة بين المتقاسمين^(٣). وليس ضرورياً أن يرد الشرط الصريح بالإعفاء من الضمان في سند القسمة ذاته، بل يصح أن يكون في ورقة مستقلة أو في مكاتبات متبادلة بين المتقاسمين^(٤).

(١) انظر في ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٥٩ .

(٢) ومن باب أولى لا يكفي رد العلم بسبب الاستحقاق ، إذا لم يوجد شرط صريح بالإعفاء من الضمان . وقد كان الحكم ، في عهد التقنين المدني السابق على خلاف ذلك ، فكان يجوز للمشتري أن يرد الشرط بسبب الاستحقاق يجعل رجوعه على المتقاسمين الآخر ين مقصوداً على قيمة ما استحق وقت القسمة ، دون الرجوع بالتعويض ، قياساً على أن البائع لا يضمن سوى الثمن متى كان المشتري عالماً وقت الشراء بسبب الاستحقاق . وقد قضت محكمة النقض ، في عهد التقنين المدني السابق ، بأن القواعد التي تحكم ضمان البائع هي التي تحكم ضمان المتقاسم . وعلى ذلك فالمتقاسم الذي يعلم وقت القسمة أن ما اختص به فيها مهدد بنقض الاستحقاق لسبب أحيط به علماً من طريق من تقاسم معه أو من أي طريق آخر ، لا يسوغ له في حالة الاستحقاق أن يرجع على قسيمه إلا بقيمة ما استحق وقت القسمة ، لأن تعيين قيمة الأموال المستحقة في عقد القسمة يقابل تعيين الثمن في عقد البيع . والمقرر في عقد البيع ، على ما يستفاد من نص المادة ٢٦٥ من القانون المدني ، أن البائع لا يضمن سوى الثمن متى كان المشتري عالماً وقت الشراء بسبب الاستحقاق ، وأنه مع هذا العلم لا حاجة إلى شرط عدم الضمان ليمتنع عن المشتري الرجوع على البائع بأي تعويض في حالة الاستحقاق (نقض مدني ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفني في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ٨٨٤) .

(٣) وهذا هو أيضاً الحكم في القانون الفرنسي ، فيشترط أن يكون شرط الإعفاء من الضمان صريحاً وخصيصاً (بودر وقال في المواريث ٣ فقرة ٣٤١٠ - فقرة ٣٤١١) .

(٤) بدري وقال في المواريث ٣ فقرة ٣٤١٢ - إسماعيل غانم فقرة ١٣٦ ص ٣١٨ وهامش ٢ - وقد كان المشروع التمهيد لنص المادة ٨٤٤ يشترط أن يكون الإعفاء من الضمان وارداً في سند القسمة ذاته ، فحذفت لجنة المراجعة هذا الاشتراط (انظر آنفاً فقرة ٥٨٦ في الهامش) .

وإذا ورد شرط الإعفاء من الضمان صريحاً على الوجه الذي بسطنا ، سقط الضمان ، ولكن هذا لا يمنع المتقاسم من طلب نقض القسمة للذين إذا توافرت شروطه (بودري وقال في المواريث ٣ فقرة ٣٤١٣) .

§ ٢ - الآثار التي تترتب على تحقق الضمان

٥٩٢ - الأموال التي يرجع فيها المتقاسم بالتعويض عند تحقق الضمان :

إذا تعرض الغير للمتقاسم على الوجه الذي بسطناه ، فالأولى للمتقاسم أن يتدخل المتقاسمين الآخرين ضامنين في الدعوى ، وذلك على التفصيل الذي أوردناه في ضمان التعرض في البيع^(١) . ويتضح من ذلك أن المتقاسم ، كالبائع ، يرجع بالتعويض على المتقاسمين ، إذا استحققت العين التي وقعت في نصيبه^(٢) ، في إحدى الأحوال الآتية :

١ - إذا أخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق ، فتدخل المتقاسمون ولكنهم لم يفلحوا في دفع دعوى المتعرض .

٢ - إذا أخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق ، فلم يتدخل المتقاسمون في الدعوى ، وحكم للمتعرض ، ولم يستطع المتقاسمون لإثبات تدليس المتقاسم الدائن بالضمان أو خطأه الجسيم .

٣ - إذا أخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق ، فلم يتدخل المتقاسمون في الدعوى ، وأقر المتقاسم الدائن بالضمان بحق المتعرض أو تصالح معه ، ولم يستطع المتقاسمون الآخرون إثبات أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه .

٤ - إذا لم يخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق ، وحكم للمتعرض ، ولم يثبت المتقاسمون الآخرون أن تدخلهم في الدعوى كان يؤدي إلى رفضها .

٥ - إذا سلم المتقاسم للمتعرض بحقه دون دعوى يرفعها المتعرض ، ولم يثبت المتقاسمون الآخرون أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه^(٣) .

(١) انظر في هذه المسألة الوسيط ٤ فقرة ٣٤٥ - فقرة ٣٥٠ .

(٢) ويسقط بالتقادم الالتزام بالضمان في القسمة بالقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق (عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٦٥ - قارن محمد على عرفة فقرة ٣١٩ ص ٤٥٣ و محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٣٣ ص ٢٤٠ ويذهب إلى أن التقادم يسرى من وقت تمام القسمة) .

(٣) انظر في كل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٥١ .

فإذا وجب للمتقاسم على المتقاسمين الآخرين ضمان الاستحقاق في حالة من الأحوال المتقدمة الذكر ، لم تخل الحال من أحد فروض ثلاثة : (أ) فلما أن يكون الاستحقاق استحقاقا كلياً ، فيجب على المتقاسمين الآخرين دفع تعويض كامل للمتقاسم الدائن بالضمان على النحو الذي سنبينه . (ب) أو أن يكون الاستحقاق استحقاقاً جزئياً ، فيجب على المتقاسمين الآخرين أن يدفعوا للمتقاسم الدائن بالضمان تعويضاً بقدر الضرر الذي أصابه على التفصيل الذي سندكره . (ج) أو أن يكون المتقاسم الدائن بالضمان قد دفع للمتعرض شيئاً في مقابل حقه صلحاً أو إقراراً بهذا الحق ، فيجب على المتقاسمين الآخرين ، إذا أرادوا أن يتخلصوا من ضمان الاستحقاق ، أن يردوا للمتقاسم الدائن بالضمان ما أداه للمتعرض . ونستعرض كلا من هذه الفروض الثلاثة .

٥٩٣ - الفرض الأول - الاستحقاق الكلي : المفروض هنا أن العين

التي وقعت في نصيب المتقاسم الدائن بالضمان قد استحققت استحقاقاً كلياً ، بأن استطاع الأجنبي المتعرض أن يثبت ملكيته لها وأن يستردها من تحت يد المتقاسم . فعند ذلك يرجع المتقاسم ، لا بنقض القسمة كما في الغبن ، ولا بفسخها ، ولكن بالتعويض على الوجه الذي يرجع به المشتري في ضمان استحقاق المبيع ، وعلى ذلك يتكون التعويض من عنصرين أساسيين (١) .

أولاً - قيمة العين المستحقة وقت القسمة . ويلاحظ أن المشتري في البيع يرجع على البائع بقيمة المبيع وقت الاستحقاق ، أما في القسمة فيرجع المتقاسم الدائن بالضمان كما قدمنا على المتقاسمين الآخرين بقيمة العين وقت القسمة . وقد رأينا الفقرة الأولى من المادة ٨٤٤ مدني تقول : « ويكون كل منهم (من المتقاسمين) ملزماً بنسبة حصته أن يعرض مستحق الضمان ، على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته يوم القسمة . فإذا كان أحد المتقاسمين معسراً ، وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين » . والسبب في التمييز بين البيع والقسمة على هذا النحو واضح . فالبيع عقد مضاربة يتعرض فيه المشتري للربح والخسارة ، ومن ثم يستحق قيمة المبيع وقت الاستحقاق لا وقت البيع ، فإن زادت القيمة ربح وإن قلت خسر ، وطبيعة

(١) انظر م ٤٤٣ مدني في البيع .

عقد البيع تسمح بذلك . أما القسمة فقد روعي فيها المساواة التامة بين المتقاسمين ، ولذلك يتقاضى المتقاسم مستحق الضمان قيمة العين وقت القسمة لا وقت الاستحقاق ، فلا يعرض نفسه لا للربح ولا للخسارة ، ويتساوى مع سائر المتقاسمين وقت أن أجريت القسمة بينهم . فإذا فرضنا أن قيمة العين وقت القسمة ١٥٠٠ ، وكان عدد المتقاسمين خمسة حصصهم متساوية ومنهم المتقاسم مستحق الضمان ، تحمل هذا الأخير نصيبه في هذه القيمة وهو ٣٠٠ ، ورجع بالباقي وهو ١٢٠٠ على المتقاسمين الأربعة الآخرين فيدفع له كل منهم ٣٠٠ . فإذا أعسر واحد من الأربعة إعسارا كلياً ، تحمل المتقاسم مستحق الضمان هو والمتقاسمون الثلاثة الباقون القدر الذي يلزم المتقاسم المعسر وهو ٣٠٠ ، فيتحمل كل من هؤلاء المتقاسمين الأربعة ٧٥ . ومن ثم يرجع المتقاسم مستحق الضمان على كل من المتقاسمين الثلاثة غير المعسرين بمبلغ ٣٧٥ : ٣٠٠ نصيبه الأصلي و ٧٥ حصته في نصيب المعسر . فيتقاضى المتقاسم مستحق الضمان من الثلاثة مبلغ ١١٢٥ (3×375) ، ويتحمل هو الباقي وهو مبلغ ٣٧٥ ($1500 - 1125$) ، فيكون بذلك قد تحمل حصته في نصيب المعسر وهي ٧٥ .

ثانياً - ملحقات قيمة العين ، وهي الفوائد القانونية لهذه القيمة من وقت القسمة ، وقيمة الثمار التي ألزم المتقاسم مستحق الضمان بردها للمتعرض ، والمصروفات النافعة التي لا يستطيع المتقاسم مستحق الضمان أن يلزم بها المتعرض وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان المتقاسمون الآخرون سبئي النية ، وجميع مصروفات دعوى الضمان ، ودعوى الاستحقاق ، عدا ما كان المتقاسم مستحق الضمان يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر المتقاسمين الآخرين بالدعوى ، وبوجه عام تعويض المتقاسم مستحق الضمان مالقه من خسارة (١) . ويلاحظ أن القسمة هنا تختلف عن البيع من وجهين : (١) أن المشتري يتقاضى من البائع ، إلى جانب مالقه من خسارة ، مقدار ما فاتته من كسب بسبب استحقاق المبيع . أما في القسمة فالمتقاسم مستحق الضمان يتقاضى مالقه من خسارة دون ما فاتته من كسب ، لأن القسمة لا يقصد بها المضاربة كالبيع . (٢) أن المتقاسم مستحق الضمان يستنزل من الملحقات التي تقدم ذكرها نصيبه هو فيها ، ويرجع بالباقي

(١) انظر المادة ٤٤٣ مدني في ضمان الاستحقاق في البيع والوسيط ، فقرة ٣٥٢ .

على المتقاسمين الآخرين ، وهذا ما تقتضيه طبيعة القسمة بخلاف ما تقتضيه طبيعة البيع .

٥٩٤ - الفرض الثاني - استحقاق الجزئي : لم يفصل المشرع في القسمة ، كما فصل في البيع ، أحكام ضمان الاستحقاق ، بل اكتفى بالقول بأن يكون كل من المتقاسمين « ملزما بنسبة حصته أن يعرض مستحق الضمان » . أما في البيع ، فيما يتعلق بالاستحقاق الجزئي ، فقد نصت المادة ٤٤٤ مدني على ما يأتي : « ١ - إذا استحق بعض المبيع ، أو وجد مثقلا بتكليف ، وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدرا لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة في المادة السابقة (المبالغ الواجب دفعها في حالة الاستحقاق الكلي) ، على أن يرد له المبيع وما أفاده منه . ٢ - فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع ، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المبين في الفقرة السابقة ، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق » . وتختلف القسمة عن البيع في هذه المسألة . فإن المشتري ، في حالة البيع ، يفتح له باب الخيار المذكور في النص ، فيرد ما بقي من المبيع إلى البائع أو يستبقه . أما في القسمة فترى أنه يصعب فتح باب الخيار للمتقاسم ، فالمتقاسمون لم ينقلوا له ملكية حتى يضمونها على الوجه المبين في النص ، هذا إلى أن رد الباقي من العين معناه فسخ القسمة وإجراء قسمة جديدة وهذا أمر غير مرغوب فيه إلا للضرورة . لذلك نرى الاقتصار ، في الاستحقاق الجزئي في القسمة ، على التعويض ، وليس للمتقاسم أن يرد ما بقي من العين .

ويتحقق الاستحقاق الجزئي بطرق مختلفة ، فقد يستحق جزء من العين شائع أو مفرز ، وقد يتبين أنه قد ترتب على العين حق انتفاع أو حق ارتفاق أو أن هناك حق ارتفاق ذكر أنه مترتب لمصلحة العين وظهر بعد ذلك أنه غير موجود ، ففي جميع هذه الأحوال يكون هناك استحقاق جزئي .

فإذا استحققت العين استحقاقا جزئيا على الوجه المتقدم ، فإن للمتقاسم أن يرجع على بقية المتقاسمين بالتعويض عما أصابه من خسارة ، ولكن لا يرجع عليهم ، كما يرجع البائع ، بالتعويض عما فاتته من كسب . ويجب هنا أيضا تطبيق ما سبق أن قررناه في الاستحقاق الكلي ، من أن العبرة في تقدير العين بقيمتها

يوم القسمة ، ومن أن المتقاسم مستحق الضمان يساهم بقدر حصته في التعويض ، ومن أنه إذا كان أحد المتقاسمين معسراً وزع القمار الذي يلزمه دلي مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين .

٥٩٥ - الفرض الثالث - رد ما أداه المتقاسم للمتعرض : تنص

المادة ٤٤٢ مدني ، فيما يتعلق بضمان الاستحقاق في البيع ، على أنه « إذا توفى المشتري استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر ، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات » . والمفروض هنا أن المشتري توفى الحكم باستحقاق المبيع استحقاقاً كلياً أو استحقاقاً جزئياً ، وذلك بأن اتفق مع المتعرض على ذلك في مقابل مبلغ من النقود أو في مقابل شيء آخر يؤديه له . فيثبت القانون عندئذ للبائع نوعاً من الاسترداد يستطيع بموجبه أن يكفي نفسه نتائج الضمان وموئنة التعويضات ، بأن يرد للمشتري ما أداه للمتعرض مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات ، فيتخلص بذلك من ضمان الاستحقاق . وليس للمشتري أن يشكو ، فقد استطاع أن يستبقى المبيع سالماً من الاستحقاق في مقابل أداه للمتعرض ، فإذا استرد من البائع قيمة هذا المقابل ، فإنه يكون بذلك قد استبقى المبيع واسترد خسارته ، فلم ينله أي ضرر (١) . ونرى أنه يجوز تطبيق هذا الحكم ، بطريق القياس ، في ضمان الاستحقاق في القسمة . فالحكمة متحققة ، بل إن القسمة أولى من البيع بالإبقاء عليها عن هذا الطريق الميسر (٢) .

وحتى يكون للمتقاسمين الآخرين حق الاسترداد ، يجب أن يتفق المتقاسم مستحق الضمان مع المتعرض على تفادي استحقاق العين استحقاقاً كلياً أو جزئياً . بأن يدفع المتقاسم للمتعرض مبلغاً من المال في مقابل نزول المتعرض عن ادعائه . وهذا الاتفاق يكون في الغالب صالحاً ، ولكن هذا الصالح يعتبر بالنسبة إلى

(١) انظر في هذه المسألة الوسيط ٤ فقرة ٣٥٤ .

(٢) ويمكن القول بوجه عام إن أحكام ضمان الاستحقاق في البيع هي الأحكام العامة الواجبة التطبيق في ضمان الاستحقاق في جميع المداوضات ، ومنها القسمة ، ما لم يتعارض حكم منها مع طبيعة العقد ومقوماته الخاصة .

بقية المتقاسمين استحقاقا للعين فيجب عليهم الضمان ، وإن كانوا يستطيعون التخلص منه في مقابل أن يردوا للمتقاسم مستحق الضمان المبلغ الذي دفعه للمتعرض وفوائده القانونية من يوم الدفع وكذلك مصروفات الصلح الذي تم بين المتقاسم والمتعرض . ويلاحظ هنا ، في القسمة ، أن المتقاسم مستحق الضمان يساهم في ذلك ، فيستزل نصيبه في هذا المبلغ بقدر حصته . ولا يختار المتقاسمون استعمال حق الاسترداد إلا إذا وجدوا أن المبلغ الذي سيردونه للمتقاسم مستحق الضمان أقل من التعويضات التي كانوا يدفعونها بسبب ضمان الاستحقاق ، وبفرض أن حق المتعرض لا يمكن دفعه .

وقد يكون الاتفاق الذي يتم بين المتقاسم مستحق الضمان والمتعرض صاحبا لا يدفع فيه المتقاسم للمتعرض مبلغا من النقود . فقد يكون المستحق حق ارتفاق للعين ينكره المتعرض ، فيتفق معه المتقاسم على أن يكف عن إنكاره في نظير ترتيب حق ارتفاق مقابل لعقار المتعرض على العين . وفي هذه الحالة لا يتخلص المتقاسمون الآخرون من نتائج الضمان باستعمال حق الاسترداد ، إلا إذا دفعوا للمتقاسم مستحق الضمان قيمة حق الارتفاق الجديد الذي أنشئ على العين والفوائد القانونية لهذه القيمة من وقت إنشاء حق الارتفاق ومصروفات الصلح ، وذلك كله بعد استئصال نصيب المتقاسم مستحق الضمان في هذه المبالغ بنسبة حصته كما سبق القول (١) .

(١) والمفروض في استعمال المتقاسمين الآخرين لحق الاسترداد على النحو الذي قدمناه أن يكون المتقاسم مستحق الضمان قد اتفق مع المتعرض ، وتوفي باتفاقه هذا استحقاق الدين . أما إذا ترك المتقاسم المتعرض يسير في دعوى الاستحقاق دون أن يتفق معه ، وحكم للمتعرض بالاستحقاق الكلي مثلا فاسترد العين من تحت يد المتقاسم ، ثم اتفق المتقاسم مع المستحق على أن يعيد إليه العين بعقد جديد ، بيع أو مقايضة أو غير ذلك ، فإن ضمان الاستحقاق يكون واجبا على المتقاسمين الآخرين ، ولا يستطيع هؤلاء أن يتوقوه بأن يدفعوا للمتقاسم مستحق الضمان الثمن الذي دفعه هذا الأخير في البيع الجديد أو قيمة العين التي قايس بها . فبأن الاستحقاق يبقى في ذمة المتقاسمين الآخرين ، وتسرى عليه الأحكام التي بسطناها فيما تقدم . وعلاقة المتقاسم مستحق الضمان بالمتعرض يحكمها العقد الجديد الذي تم بينهما والذي به وجبه أعاد المتعرض العين للمتقاسم ، وليس في هذا إلا تطابق للقواعد العامة .

الفصل الثاني

الشيوع الإجبارى

(Copropriété avec indivision forcée)

٥٩٦ - نص قانونى : تنص المادة ٨٥٠ مدنى على ما يأتى :

« ليس للشركاء فى مال شائع أن يطلبوا قسمته ، إذا تبين من الغرض الذى أعد له هذا المال أنه يجب أن يبقى دائماً على الشيوع (١) ، » .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الأحكام كان معمولاً بها . ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٨٠٥ - وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٥٤ - وفى التقنين المدنى العراقى م ١٠٨١ - وفى قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٤٢ (٢) .

ويؤخذ من النص سالف الذكر أن الشيوع الإجبارى يختلف عن الشيوع العادى الذى بسطنا أحكامه فيما تقدم ، فى أن الشيوع الإجبارى لا يجوز لأى من الشركاء طلب القسمة فيه . ذلك أن الغرض الذى أعد له المال الشائع يقتضى أن يبقى دائماً على الشيوع . مثل ذلك قنطرة شائعة بين الملاك المجاورين يعبرون عليها للطريق العام ، أو طريق مشترك أو ممر مشترك لملاك متجاورين ، أو فناء

-
- (١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٢١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٢١ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩١٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٥٠ . (موعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤١ - ص ١٤٢) .
- (٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :
- التقنين المدنى السورى م ٨٠٥ (مطابق) .
- التقنين المدنى الليبى م ٨٥٤ (مطابق) .
- التقنين المدنى اله الأي م ١٠٨١ (موافق) .
- قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٤٢ : لا يجوز طلب القسمة إذا كان موضوع الشركة أمياً لا تبقى بعد قسمتها صالحة للاستعمال المعدة له .
- (وأحكام القانون اللبنانى موافقة لأحكام القانون المصرى) .

مشترك يفصل ما بين ملكين متجاورين ، أو بئر مشترك ، أو مغسل مشترك ، أو ترعة مشتركة ، أو مصرف مشترك^(١) . ومثل ذلك أيضاً الحائط المشترك ، والأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات^(٢) .

٥٩٧ - طبيعة حق الشريك في الشيوع الإجباري وأهم هذا الشيوع :
وإذا أخذنا أحد الأمثلة التي قدمناها في الشيوع الإجباري ، الطريق المشترك بين مالكين مجاورين له ، لنبحث طبيعة حق كل شريك في هذا الطريق ، كان علينا أن نختار بين أحد وضعين . الوضع الأول أن يكون نصف هذا الطريق مملوكا ملكية مفرزة للمالك المجاور لهذا النصف ولهذا المالك حق ارتفاق بالمرور في النصف الآخر ، وهذا النصف الآخر مملوك أيضاً ملكية مفرزة للمالك المجاور له ولهذا المالك حق ارتفاق بالمرور في النصف الأول . والوضع الثاني أن يكون الطريق بأجمعه مملوكا ملكية شائعة للمالكين المجاورين لكل منهما النصف في الشيوع ، ونظراً لما أعد له هذا الطريق من غرض مشترك يكون الشيوع إجبارياً ولا تجوز القسمة . وهذا الوضع الثاني ، الملكية الشائعة شيوها إجبارياً ، هو الوضع الصحيح^(٣) ، وتترتب عليه نتائج هامة نذكر منها :

(١) ومن أهم أحوال الشيوع الإجباري « حالة الجوار إذا كان الشيء نتيجة تبعية لعقارات متجاورة ومتلاصقة ومملوكة لغير مالك واحد ، وكان من اللازم إنشاء طريق لها يستفيد به أصحاب العقارات في استغلالها أو تركها لي فصح بينها بمثابة حرم لها ، بحيث تعتبر هذه الماشي والميادين المتروكة مخصصة جميعها للمنفعة الخاصة للمالكين » (قنا الجزئية ٢٥ مايو سنة ١٩٤٢ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٤٨ ص ٩٥) . وقرب استئناف محتلط ٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٣٩ . وقاضي الموضوع هو الذي يبت فيما إذا كان المال الشائع لا يمكن قسمته دون إخلال بالفرض الذي أعد له هذا المال (نقض في نسي ٢١ أكتوبر سنة ١٨٨٩ دالوز ٩١ - ٥ - ٤٣٥ - بلانجيون و. ديير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٣) .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤١ . وما قدمناه من الشيوع الإجباري هو الشيوع الإجباري التبعي ، لأن الشيء المشترك تابع للملكيات مفرزة وقد أعد لخدمتها . وهناك شيوع إجباري أصلي له شيء أصلي لا تابع مخصص للخدمة بخاجة على وجه دائم ، وذلك كالمباني والمرافق التي تقام في الجبانات (أما أراضي الجبانات فهي من الأموال العامة والبناء عليها يكون بترخيص إداري) : وكذلك مزارع الأسرة ووثائقها والأوسمة وما إلى ذلك (محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٧٣ ص ٢٢٢ - ص ٢٢٨ - إسماعيل غانم فقرة ١٤٣ ص ٣٣١) .

(٣) استئناف محتلط ١٨ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٠٥ - نقض فرنسي ١٣ مارس -

- ١ - إذا فصل الطريق المشترك بين بنائين ، فلمالك كل بناء أن يفتح مطالاً مواجهها على بناء جاره . والمسافة التي يتركها هي متران من حافة الطريق الملاصقة لأرض الجار ، لا من منتصف الطريق كما ينبغي أن يكون الأمر لو أن الوضع كان ملكية مفرزة لنصف الطريق مصحوبة بحق ارتفاق بالمرور^(١) .
- ٢ - لا يسقط حق المالك المجاور بعدم استعمال الطريق ، كما كان ينبغي أن يسقط لو أن له فقط حق ارتفاق بالمرور في النصف الثاني من الطريق^(٢) .
- ٣ - لا تسرى على حق المالك المجاور بعض أحكام خاصة بحقوق الارتفاق وكانت تسرى لو أن حقه كان حق ملكية مفرزة مصحوبة بحق ارتفاق بالمرور . ومن هذه الأحكام الخاصة التي لا تسرى ما نصت عليه المادة ١٠٢٨ مدني . أنه « ١ - ينتهي حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق . ٢ - ويعود إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق ، إلا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال » . ومنها أيضاً ما نصت عليه المادة ١٠٢٩ مدني من أن « لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الراقعة على العقار المرتفق به »^(٣) .
- وإذا تقرر أن الطريق المشترك ، في المثل الذي قدمناه ، شائع شيوعاً إجبارياً ، فإن هذا الشيوع الإجباري يختص بأحكام نذكر منها ما يأتي :

— سنة ١٩٣٤ سيرييه ١٩٣٤ - ١ - ١٤٨ - أوبري و ١ و ٢ فقرة ٢٢١ ثابا ص ٥٥٩ - بودري وشوفو فقرة ٢٧٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٤ ص ٢٨٩ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٥٦ - كولان وكابيتان ودي لامورازديير ١ فقرة ١٠٤٣ - فقرة ١٠٤٤ - مازو ٢ فقرة ١٣١٦ - كاربونيهيه ص ٩٣ - محمد كامل مروي ٢ فقرة ١٥٣ - شفيق شحاتة فقرة ١٥١ ص ١٧٥ هامش ٢ - محمد علي عرفة فقرة ٣٤٥ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٦٩ رفقة ١٧١ - إسماعيل غانم فقرة ١٤٤ - حسن كيرة فقرة ١٧١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٧٣ .

(١) نقض مدني ٢ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عم ٤ رقم ١٥٤ ص ٤٣٠ - نقض فرنسي ٢٦ فبراير سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ - ١ - ٢٤٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٤ .

(٢) نقض فرنسي ٢٥ أبريل سنة ١٨٥٥ سيرييه ٥٦ - ١ - ٣٩٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٤ .

(٣) انظر أيضاً ، بين الأحكام الخاصة بحق الارتفاق ومن ثم لا تسرى ، م ٢/١٠٢٠ مدني وم ٢/١٠٢٣ مدني .

١ - لا يجوز التغيير فيما أعد له الطريق من غرض إلا بموافقة جميع الشركاء ، ولا يجوز لأحد منهم أن يتفرد بإدخال تعديل في الطريق يكون من شأنه أن يعطل هذا الغرض ، حتى لو كان الذي يقوم بهذا التعديل مالك له بناءً على حافى الطريق مواجهان أحدهما للآخر وكان التعديل مقصوراً على الجزء من الطريق الذي يفصل ما بين هذين البنائين (١).

٢ - تكون نفقات صيانة الطريق ، ليبقى مؤدياً للغرض الذي أعد له ، على الشركاء ، بنسبة مصلحة كل منهم .

٣ - يجوز لأي من الشركاء أن يتحلل من التزامه العيني بالمساهمة في نفقات صيانة الطريق ، وذلك بتركه (abandon) حصته الشائعة في ملكية الطريق (٢) ،

٤ - لا يجوز لأي من الشركاء أن يطلب القسمة لأن الشيوع إجباري كما قدمنا ، كما لا يجوز أن يتصرف في حصته الشائعة في الطريق مستقلة عن العقار المملوك له ملكية مفرزة (٣).

٥٩٨ - أنواع خاصة من الشيوع الإجباري : وهناك نوعان خاصان من الشيوع الإجباري نظمهما القانون تنظيمًا مفصلاً ، هما الحائط المشترك (ويلحق به الحائط الفاصل) (٤) والأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات . ويمكن أن يلحق بهذين النوعين الخاصين من الشيوع الإجباري نوع ثالث هو ملكية الأسرة ، ولكن الشيوع هنا وإن كان إجبارياً شيوع موقت غير دائم ، ويقوم

(١) بودري وشوفو فقرة ٢٧٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٦ ص ٢٩٣ - كولان وكابيتان ودي لامورانديير ١ فقرة ١٠٤١ المص ٨٣٩ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٧ .

(٣) مارتى ورينو فقرة ٢٣٦ - كاربونيه ص ٩٢ - محمد كامل م سي ٢ فقرة ١٥٤ - شفيق شحاتة فقرة ١٥١ - محمد علي عرفة فقرة ٣٤٦ - فقرة ٣٤٨ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٧٠ - إسماعيل غانم فقرة ١٤٥ - حسن كيرة فقرة ١٧٢ - عبد المنعم فرج الصلدة فقرة ١٧٤ - فقرة ١٧٥ - منصور مصطفى منصور فقرة ٩٧ ص ٢٤٢ - ص ٢٤٤ .

وقد ورد في التقنين المدني العراقي عدة نصوص تنظم الطريق الخاص المشترك : انظر المواد ١٠٩٣ - ١٠٩٧ من هذا التقنين .

(٤) والحائط الفاصل ليس حائطاً مشتركاً ، بل هو ملك خالص لصاحبه ، فهو إذن ليس ملكية شائعة . ولكننا ألحقناه بالحائط المشترك لاتصال الموضوعين أحدهما بالآخر اتصالاً وثيقاً ، وإن كان لكل منهما أحكامه الخاصة به .

على الاتفاق ما بين أفراد الأسرة . فيمكن القول إذن بأن ملكية الأسرة هي شيوع إجباري ، وإن كان شيوعا اتفاقيا مؤقتا . و نتناول بالبحث كلا من هذه الأنواع الخاصة :

الفرع الأول

الحائط المشترك (*)

(والحائط الفاصل)

(Mur mitoyen, et mur séparatif)

٥٩٩ - إثبات الاشتراك في الحائط المشترك - نص قانوني : إذا

فصل حائط ما بين بنائين ، فإن هذا الحائط قد يكون حائطا مشتركا ، وقد يكون حائطا فاصلا غير مشترك ولكنه مملوك ملكية خالصة لصاحب أحد البنائين .

و يجوز لكل ذي شأن أن يثبت أن الحائط الفاصل هو حائط مشترك . فيثبت أحد الجارين مثلا أنه أقام الحائط مع جاره بنفقات مشتركة ، أو أنه كان مملوكا لجاره ملكية خالصة ثم كسب من هذا الجار الاشتراك في الحائط في مقابل عوض دفعه له ، أو أن الجار جعل الحائط مشتركا بينهما بغير عوض . كما يجوز للجار أن يثبت الاشتراك في الحائط بطريق التقدم المكسب ، بأن يثبت أنه حاز الحائط حيازة مشتركة مع جاره ، وتصرف فيه تصرف المالك للحائط المشترك دون أن يكون ذلك مبنيا على تسامح جاره ، وبقي كذلك طول المدة اللازمة للتقدم^(١)

* مراجع Delage في المسائل التي يثيرها البناء الحديث في شأن الحائط المشترك رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ - Méjassol في الحائط المشترك رسالة من باريس سنة ١٩٣٩ .

(١) أما إذا أقام أحد المالكين الحائط وحده ، ولكنه جعل بعض سمكه في أرض جاره ، فإن هذا الجار يملك الجزء من الحائط المقام في أرضه بطريق الالتصاق . ولكن يبدو أن الحائط لا يكون مشتركا شائعا ما بين المالكين ، بل إن كلا منهما يملك الجزء من الحائط المقام في أرضه (قارن إسماعيل غانم فقرة ١٤٦ ص ٣٣٩) . وإذا كان الباقي للحائط حسن النية ، فإنه يجوز له أن يجبر جاره على أن ينزل له عن ملكية الجزء من أرضه المشغولة بالحائط في نظير تعويض عادل (م ٩٢٨ مدني) ، فيصبح الحائط في هذه الحالة ملكا خالصا للباقي ، ويكون حائطا فاصلا غير مشترك .

وقد وضع القانون قرينة قانونية نيسر لإثبات الاشتراك في الحائط ، فنصت .
المادة ٨١٧ مدني على ما يأتي : « الحائط الذي يكون في وقت إنشائه فاصلا
بين بنائين يعد مشتركا حتى مفرقهما ، ما لم يقيم دليل على العكس (١) » . والقرينة
كما نرى قابلة لإثبات العكس ، وحتى تقوم يجب توافر شرطين :

أولا - أن يكون الحائط فاصلا بين بنائين ، بأن يكون هناك بناءان
متلاصقان يفصل بينهما حائط . فإذا لم يكن الحائط يفصل بين بنائين ، فلا تقوم
القرينة . ومن ثم لا تقوم القرينة إذا كان هناك أرضان متلاصقان للمالكين
مختلفين ، وقد أقيم في الحد الفاصل بين الأرضين حائط . كذلك لا تقوم
القرينة إذا كان هناك بناء مجاور لأرض فضاء أو لفناء أو لحديقة أو لأرض
زراعية ، وقد أقيم حائط في الحد الفاصل بينهما (٢) .

ثانيا - أن يكون الحائط قد فصل بين البنائين منذ إنشائه . فإذا أقيم الحائط
ولم يكن هناك إلا بناء واحد ، فإن الحائط يكون جزءاً من هذا البناء وحده .
وإذا أقيم بعد ذلك بناء ملاصق للبناء الأول ، فإن الحائط لا يكون مشتركا ،
بل يكون حائطا فاصلا بين البنائين غير مشترك ، وهو ملك خالص لصاحب
البناء الأول كما سبق القول (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٨٥ من المشروع ائتميد على وجه مطابق
لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٨٨ في المشروع
النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٨٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨١٧ (مجموعة
الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦١ - ص ٦٢) .
ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، فقرينة الاشتراك في الحائط في عهد هذا التقنين
قرينة قضائية لا قانونية .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل (فالة ينة قرينة قضائية) .

التقنين المدني الليبي م ٨٢٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٩١ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (فالة ينة قرينة قضائية) .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فة ٣٠٢ ص ٢٩٨ .

(٣) نقض في نسي ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥١ جازيت دي باليه ١٩٥٢ - ١ - ٢٩ - بلانيول .

ريبير وبيكار ٣ فة ٣٠٢ ص ٢٩٨ .

فإذا توافر الشرطان سالف الذكر ، قامت القرينة القانونية على أن الحائط مشترك . ولكن هذه القرينة القانونية قابلة كما قدمنا لإثبات العكس . فيجوز لأحد الجارين أن يثبت أن الحائط ملك خالص له ، كأن يقدم سنداً على تملكه إياه ، أو كأن يثبت أنه ملك الحائط ملكاً خالصاً بالتقادم ، أو كأن يعارض القرينة بقرينة أخرى بأن يثبت مثلاً أن الحائط كله مقام على أرضه « وملكه الأرض تشمل ما فوقها » (م ٢/٨٠٣) . وإذا تعارضت القرائن رجح قاضى الموضوع بأيهما يأخذ (١) .

ومتى ثبت أن الحائط مشترك ، وكان أحد البنائين المتلاصقين أعلى من الآخر ، فإن الحائط يعتبر مشتركاً إلى الحد الذى يصل إلى قمة البناء الأقل علواً . أما الجزء من الحائط الذى يعلو فوق ذلك إلى قمة البناء الأعلى ، فيعتبر ملكاً خالصاً لصاحب هذا البناء . وهذا هو المعنى المقصود من المادة ٨١٧ مدنى سالف الذكر عندما تقول ، عن الحائط الذى يكون وقت إنشائه فاصلاً بين بنائين ، إنه « يعد مشتركاً حتى مفرقهما » (٢) . ويتبين مما تقدم أن الحائط الفاصل بين بنائين قد يكون مشتركاً ، وقد يكون غير مشترك بل ملكاً خالصاً لصاحب أحد البنائين .

(١) نقض فرنسى ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٢ جازيت دى باليه ١٩٣٢ - ١ - ٩٠٩ - بلائيول وديبير وبيكار ٣ فقرة ٣٠٣ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد ما أسلفناه : « والأصل أن الحائط الذى يكون وقت إنشائه فاصلاً بين بنائين يعد مشتركاً حتى مفرقهما ، ما لم يقر الدليل على العكس (م ١١٨٥ من المشروع ، وهى تقابل م ٦٩ من المشروع الإطالى وم ٦٥٣ من التنتين الإيطالى) . ويشترط ، حتى تقوم هذه القرينة شرطان : (أ) أن يكون الحائط فاصلاً بين بنائين ، فلا يكفى أن يكون فاصلاً بين أرضين ، أو بين أرض وبناء . (ب) وأن يكون الحائط قد فصل بين البنائين منذ إنشائه ، فإذا لم يوجد وقت إنشاء الحائط إلا بناء واحد ، ثم قام بعد ذلك ببناء آخر ملاصق استتر بالحائط ، فأصبح هذا الحائط جزءاً من البناء الأول ، فإن القرينة القمائية لا تقوم ، ويعتبر الحائط فى وضعه الجديد فاصلاً بين بنائين وملوكاً ملكية خالصة لصاحب هذا البناء . فإذا توافر الشرطان المتقدمان ، قامت القرينة القانونية على أن الحائط مشترك حتى مفرق البنائين ، إلى أن يقوم الدليل على العكس . أما الجزء الذى يعلو المفرق ، فلكيته خالصة لصاحب البناء الأعلى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤) .

المبحث الأول

أحكام الحائط المشترك

٦٠٠ — مسألتان : أحكام الحائط المشترك تتعلق بمسالتين : (١) النظام القانوني للحائط المشترك . (٢) تعلية الحائط المشترك .

المطلب الأول

النظام القانوني للحائط المشترك

٦٠١ — نص قانوني : تنص المادة ٨١٤ مدني على ما يأتي :

« ١ — لملك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذي أعد له ؛ وأن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته . »

« ٢ — فإذا لم يعد الحائط المشترك صالحاً للغرض الذي خصص له عادة ، فنفقة إصلاحه أو تجديده على الشركاء . كل بنسبة حصته فيه » (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن هذه الأحكام يمكن استخلاصها من القواعد العامة ، وكان القضاء في عهد هذا التقنين يطبقها دون نص (٢) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩٧٤ — وفي التقنين المدني الليبي م ٨٢٣ — وفي التقنين المدني العراقي م ١٠٨٧ — ١٠٨٨ — وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٧٠ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٨٢ من المشروع على وجه مطابق لما سطر عليه في التقنين المدني الجديد ، روافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٨٥ في المشروع لهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٨٣ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨١٤ (مجموعة لأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥ — ص ٥٧) .

(٢) انظر استئناف غسطل ٣ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٦١ — ٢٣ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٢٣ — ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٣٠ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

ويخلص من هذا النص : (١) أن لمالك الحائط المشترك استعماله بحسب الغرض الذى أحد له . (٢) فلا يجوز له فتح مناور فى هذا الحائط بدون إذن المالك الآخر . (٣) ونفقات الصيانة والإصلاح تكون على الشركاء ، كل بنسبة حصته .

٦٠٢ - استعمال الحائط المشترك بحسب الغرض الذى أحد له :

لكل شريك فى الحائط المشترك أن يستعمله ، ويتقيد فى استعمال هذا الحق بقيدين : (القيد الأول) أن يكون الاستعمال بحسب الغرض الذى أحد له الحائط . والغرض الذى أحد له الحائط المشترك هو من جهة استئجار كل شريك به بحيث يستند إليه بناؤه ، ومن جهة أخرى إقامة هوارض فوق الحائط المشترك ليسند عليها كل شريك سقف بنائه . (والقيد الثانى) ألا يحمل الحائط فوق طاقته فى استعماله للغرض الذى أحد له ، وألا يحول دون استعمال الشريك الآخر للحائط على الوجه المتقدم الذكر .

١ - التنين المبنى السورى م ٩٧٤ : ١ - لا يجوز لمالك حائط مشترك أن يرفعه أو أن يبنى عليه بدون رخصة شريكه فيه . ٢ - إنما يجوز له أن يضع ، من جهة عقاره ، على الحائط المشترك ، أو أن يستند إليه ، جسورا أو منشآت أو سوى ذلك من الأبنية حتى غاية نصف الثقل الذى يتحمله الحائط . (وهذه الأحكام تقارب أحكام القانون المصرى) .

التنين المبنى الليبى م ٨٢٣ (مطابق) .

١ - التنين المبنى العراقى م ١٠٨٧ : ١ - لكل من الشريكين فى الحائط المشترك أن يضع عليه أغشيا أو غيرها بقدر ما لشريكه ، بشرط ألا يجاوز كل منهما ما يتحمله الحائط ، وليس لأحد منهما أن يزيد فى ذلك بدون إذن الآخر . ٢ - وإذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذى خصص له عادة ، فنفقة إصلاحه أو تجديده على الشريكين مناصفة .

م ١٠٨٨ : ١ - إذا وهى حائط مشترك وخيف سقوطه ، وأراد أحد الشريكين هدمه وأبى الآخر ، يجبر الآبى على الهدم . ٢ - وإذا أهدم الحائط المشترك ، وأراد أحدهما إعادة بنائه وأبى الآخر ، يجبر الآبى على البناء ، ويجوز لشريكه بإذن من المحكمة أن يعيد بناءه وأن يرجع على الآبى بنصيبه من نفقات البناء . (والقانون العراقى يتفق فى مجموع هذه الأحكام مع القانون المصرى) .

قانون الملكية المقاربية البنائى م ٧٠ : ١ - لا يجوز لصاحب حائط مشترك أن يرفعه ، أو أن يبنى عليه بدون رخصة شريكه فيه . بيد أنه يجوز له أن يضع ، من جهة عقاره ، على الحائط المشترك أو أن يستند إليه جسورا أو منشآت أو سوى ذلك من الأبنية حتى غاية نصف الثقل الذى يتحمله الحائط . (وهذه الأحكام تقارب أحكام القانون المصرى) .

فإذا أقام الشريك عوارض فوق الحائط المشترك ، وجب عليه أن يراعى أن للشريك الآخر هو أيضاً حق إقامة عوارض ، فلا يضع من العوارض إلا بمقدار نصف ما يتحمله الحائط ، حتى يدع لشريكه مجالا لاستعمال حقه . كذلك إذا أراد أى شريك وضع عوارض ، وجب عليه أن يترك فى شئك قمة الحائط المسافة التى يحتاج إليها صاحبه لوضع عوارضه . وإذا وقع خلاف بين الشريكين فى استعمال حق كل منهما ، جاز الالتجاء إلى القضاء ، ويعين القضاء عند الاقتضاء خبيراً .

وغنى عن البيان أنه لما كان شيوع الحائط المشترك شيوعاً إجبارياً نظراً للغرض الذى أعد له الحائط ، فإنه لا يجوز لأى من الشريكين أن يطلب قسمة الحائط ، كما لا يجوز له التصرف فى حصته الشائعة فيه مستقلة عن العقار الذى يملكه ، ولا يجوز لدائذه الحجز على هذه الحصّة الشائعة استقلالاً .

٦٠٣ - عدم جواز فتح مناور فى الحائط المشترك : ولما كان الغرض الذى أعد له الحائط المشترك يتعارض مع فتح مناور أو فتحات أخرى فيه ، لأن الحائط المشترك إنما أعد للاستتار به وهذا يتنافى مع إحداث فتحات فيه (١) ، لذلك لا يجوز لأى شريك أن يفتح فى الحائط المشترك مناور أو فتحات أخرى تنفذ إلى ملك جاره دون موافقة هذا الجار . وقد ورد بهذا الحكم نص صريح فى التقنين المدينى الفرنسى (م ٦٧٥) ، ويمكن تطبيق الحكم دون نص فى القانون المصرى لأنه يتفق مع القاعدة التى تقضى بقصر استعمال الحائط المشترك على الغرض الذى أعد له .

وقد يفتح الجار منوراً فى الحائط الفاصل وهو ملك خالص له (٢) ، فإذا تمكن جاره من جعل الحائط مشتركاً بالشراء أو بالتقادم أو بطلب المشاركة فى الجزء المعلن (م ٨١٦ مدينى) إذا فتح فيه المنور أو بغير ذلك من الأسباب ، فإنه يحق له عندئذ أن يطالب الجار بسد المنور (٣) .

(١) دلائل وريهير وبيكار ٣ فقرة ٣٠٥ ص ٣٠٠ - ص ٣٠١ .
(٢) أما فتح المثل فيقتضى ترك مسافة مترين من الحد الفاصل ، هذا ما لم يكن الجار قد فتح المثل فى الحائط الفاصل وكسب هذا الحق بالتقادم .
(٣) انظر فى هذا المعنى بودرى وشوفو فقرة ٩٥٨ - أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٢٢ ص ٥٨٧ - دلائل وريهير وبيكار ٣ فقرة ٣٠٥ ص ٣٠١ .

وإذا فتح الجار منوراً في الحائط المشترك بالرغم من عدم جواز ذلك ، وبقى المنور مفتوحاً المدة اللازمة للتقادم ، لم يجوز للجار بعد ذلك أن يطلب سد المنور . ولكن يلاحظ في هذا أن يكون ترك المنور مفتوحاً ليس راجعاً إلى تسامح الجار . وما قلناه في المنور نقوله في المثل ، إذ يجوز أن يفتح الشريك في الحائط المشترك مطلاً ، ويبقى المثل مفتوحاً لآعلى سبيل التسامح المدة اللازمة للتقادم ، وعند ذلك لا يجوز للشريك الآخر إجبار شريكه على سد المثل (١) .

٦٠٤ - نفقات الصيانة والإصلاح والتجديد : وصيانة الحائط المشترك

يتحمل نفقات الشركاء كل بنسبة حصته . وقد يصبح الحائط المشترك غير صالح للغرض الذي أعد له ، فيحتاج إلى إصلاح ، أو إلى هدم وإعادة بناء . ونفقات الإصلاح وتجديد الحائط كنفقات الصيانة يتحملها الشركاء ، كل بنسبة حصته .

أما إذا كان إصلاح الحائط المشترك أو إعادة بنائه ليس ضرورياً ليقوم الحائط بالغرض الذي أعد له ، ومع ذلك قام الشريك بإصلاحه أو إعادة بنائه لمصلحته الخاصة ، فإن هذا الشريك وحده هو الذي يتحمل نفقات الإصلاح أو التجديد (٢) . كذلك إذا كان الخلل الذي أصاب الحائط فاقضى إصلاحه أو تجديده راجعاً إلى خطأ شريك بالذات ، فإن هذا الشريك وحده هو الذي يتحمل نفقات الإصلاح والتجديد (٣) .

ولما كان التزام الشريك بتحمل نفقات الصيانة والإصلاح والتجديد على الوجه سالف الذكر التزاماً عينياً (propter rem) ، فإنه يستطيع التخلص منه إذا هو تخلى عن حق ملكيته الشائعة (abandon) في الحائط (٤) . وإذا تخلى للشريك عن ملكيته الشائعة ، أصبح الشريك الآخر هو وحده الذي له حق استعمال الحائط بشرط أن يقوم بترميم الحائط وصيانته . فإن لم يرممه ، وسقط

(١) دلافول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٠٥ من ٣٠١ .

(٢) دلافول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣١٠ من ٣٠٥ .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ من ٦٥ .

(٤) ولا يستطيع التخلص إذا كان هو الذي أحدث بخله الخلل الذي أصاب الحائط ، لأنه

يصبح هو وحده الملزم بنفقات الترميم كما قدمنا ، فلا يجوز له أن يلقي عبئها على الشريك الآخر (محمد علي ٤ فقرة ٢٤٤ من ٢١٥) .

الحائط ، كانت الانقاص وأرض الحائط ملكا للشريكين وقسمها بينهما^(١) .
على أن حق الشريك في التخلي عن الحائط على النحو الذي قدمناه يشترط فيه
ألا يكون بناء هذا الشريك مستنداً إلى الحائط ، وإلا فإنه سيظل منتفعا بالحائط
بالرغم من تخليه عنه . بل يجب أن يهدم البناء أولاً ، ثم يتخلى عن الحائط .
ولا يكفي أن يتعهد بهدم البناء ، فإنه قبل أن يهدم البناء فعلا يظل شريكا
في الحائط ولا يستطيع التخلي عنه^(٢) .

المطلب الثاني

تعليق الحائط المشترك

٦٠٥ — نص قانوني : تنص المادة ٨١٥ مدني على ما يأتي :

« ١ — للمالك إذا كانت له مصلحة جديدة في تعليق الحائط المشترك أن يعليه ،
بشرط ألا يلحق بشريكه ضرراً بليغاً . وعليه وحده أن ينفق على التعليق وصيانة
الجزء المعلق ، وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ من
التعليق دون أن يفقد شيئاً من متانته » .

« ٢ — فإذا لم يكن الحائط المشترك صالحاً لتحمل التعليق ، فعلى من يرغب
فيها من الشركاء أن يعيد بناء الحائط كله على نفقته ، بحيث يقع ما زاد من
تملكه في ناحيته هو بقدر الاستطاعة . ويظل الحائط المحدد في غير الجزء
المعلق مشتركاً ، دون أن يكون للجار الذي أحدث التعليق حق في التعويض^(٣) » .

(١) أوبدي ورو ٢ فقرة ٢٢٢ ص ٥٧٤ - بودر وشواو فقرة ٩٧٧ - بلانيول
وريبيير وبيكار ٣ فقرة ٣١١ ص ٣٠٥ - ويفسر بعض الفقهاء ذلك بأن التخلي هنا لا يعني
أكثر من أن الشريك كان ينتفع بالحائط المشترك ومن ثم كان يتحمل تكاليفه ، وينزله عن الانتفاع
بالحائط تسقط عنه التكاليف ، ولكن ملكية الحائط والأرض المقام عليها الحائط تبقى مشتركة
(كولان وكابيتان ودي لاموا انديير ١ فقرة ١٠٥١ ص ٨٤٦) .

(٢) انقضاء نسق ١٦ ديسمبر سنة ١٨٦٣ دالوز ٦٤ - ١ - ٤٠٩ - بلانيول وريبيير
وبيكار ٣ فقرة ٣١١ ص ٣٠٦ .

(٣) تاريخ النص : وهذا النص في المادة ١١٨٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق
لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٨٦ في المشروع
النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٨٤ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨١٥ (مجمعة
الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٧ - ص ٥٩) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام الواردة فيه تتفق مع القواعد العامة (١) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩٧٥ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٢٤ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٠٨٩ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٧١ (٢) .

ويؤخذ من هذا النص أن هناك فرضين في تعلية الحائط المشترك : فإما أن يعطيه الشريك دون أن يعيد بناءه ، أو يعيد بناءه حتى يتمكن من تعاليمه . وفي الفرضين يبقى الحائط مشتركاً في غير الجزء المعلي ، أما الجزء المعلي فيكون ملكاً خالصاً للشريك الذي قام بتعلية الحائط .

٦٠٦ - تعلية الحائط دوره إعادة بناء : قد يقتضي الأمر تعلية الحائط المشترك لمصلحة الشريكين معاً ، وعند ذلك تكون نفقة التعلية عليهما ، ويبقى الحائط - ويدخل في ذلك الجزء المعلي - مشتركاً على ما كان .

أما إذا اقتضت التعلية مصلحة جديدة لأحد الشريكين دون الآخر ، كأن كان الشريك الذي تقتضي مصلحته التعلية يريد أن يبني طابقاً جديداً فوق طبقات بنائه الموجودة فعلاً ، وكانت التعلية ممكنة دون حاجة إلى إعادة بناء الحائط ، جاز لهذا الشريك أن يقوم بتعلية الحائط بشرط ألا تضر التعلية

(١) انظر استئناف مخطوط ٣ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٦١ - ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٣٠ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٧٥ : ١ - لا يلزم أحد بالتنازل لجاره عن حقه المشترك في الحائط .
٢ - إنما إذا أراد أحد الشركاء بالشروع علو حائط ، وذلك برضاء الشريك الآخر ، فيحق للشريك الآخر إذا لم يكن قد تحمل شيئاً من النفقة ... (والتقنين السوري يختلف عن التقنين المصري في أنه يشترط في تعلية الحائط المشترك رضاه كل من الشريكين) .

التقنين المدني الليبي م ٨٢٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٨٩ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٧١ : لا يلزم أحد التنازل لجاره عن حقه المشترك في الحائط .
يبد أنه إذا أراد أحد الشركاء بالشروع علو حائط ، وذلك برخصة من الفريق الآخر ، يحق هذا الفريق ، إذا لم يكن قد تحمل شيئاً من النفقة ... (القانون اللبناني ، كالتقنين السوري ، يختلف عن التقنين المصري في أنه يشترط في تعلية الحائط رضاه كل من الشريكين) .

بالشريك الآخر نهراً جسماً . وعلى الشريك الذي يقوم بالتعليه أن يتحمل وحده نفقتها ، وأن يقوم بالأعمال اللازمة لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعليه دون أن يفقد شيئاً من متانته (١) . وبعد أن تم التعليه ، يكون عليه وحده نفقات صيانة الجزء المعلى لأن هذا الجزء يكون ملكاً خالصاً له ، بخلاف الجزء الأسفل فإنه يبقى مشتركاً بين الجارين ويتحملان معاً نفقات صيانته (٢) .

٦٠٧ - تعلية الحائط عن طريق إعادة بنائه : فإذا لم تكن التعليه ممكنة دون إعادة بناء الحائط ، فللجار الذي له مصلحة جديدة في التعليه أن يهدم الحائط ويعيد بناءه معلىً - ويشترط هنا أيضاً ، قياساً على ما اشترط في الفرض الأول ، ألا يلحق هدم الحائط وإعادة بنائه ضرراً جسماً بالجار الآخر . فإذا كان بناء الجار الآخر معتمداً على الحائط ، ولا يمكن هدم الحائط دون هدم بناء الجار أو هدم جزء كبير منه ، فإن هذا يعتبر ضرراً جسماً يلحق بالجار ، ويمنع من يريد التعليه من القيام بها . وعليه في هذه الحالة أن يترك الحائط المشترك على حاله ويبنى حائطاً آخر إلى جانبه عند الاقتضاء ، ويكون هذا الحائط الآخر ملكاً خالصاً له .

أما إذا كانت إعادة بناء الحائط معلىً لا تلحق ضرراً جسماً بالجار ، كان لمن يريد التعليه أن يهدم الحائط ويعيد بناءه ، ويكون الهدم وإعادة البناء على نفقته . وإذا اقتضى الأمر زيادة سمك الحائط بسبب تعليته ، فعليه أن يجعل ما زاد من سمك الحائط في ناحيته هو بقدر الاستطاعة ، وإلا فعليه أن يدفع لجاره تعويضاً عما زاد في سمك الحائط من ناحية هذا الجار .

وبعد إعادة بناء الحائط ، يظل الحائط المحدد في غير الجزء المعلى حائطاً مشتركاً بين الجارين ، ولا يرجع من أعاد بناء الحائط على جاره بأي تعويض ، كأن يطالبه بالفرق في القيمة ما بين الحائط الجديد والحائط القديم . أما الجزء

(١) وعلى ذلك يتحمل وحده من نفقات صيانة الجزء المشترك من الحائط المصروفات التي اقتضتها زيادة العبء الناشئ عن التعليه (إسماعيل غانم فقرة ١٤٨ ص ٣٤٢ - وقارن محمد علي صرقة فقرة ٣٤٥ ص ٣١٦) .

(٢) انظر في كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية

المعلى من الحائط الحديد فيكون ملكاً خالصاً لمن قام بالتعليق ، وعليه وحده نفقة صيانته ، ولا يجوز لجاره أن يستعمل هذا الجزء المعلى ، إلا إذا استعمل حقه في أن يكون شريكاً فيه على الوجه الذى سنبينه فيما يلى ، أو كسبه الاشتراك فيه بطريق التقادم بأن استعمله مدة خمس عشرة سنة دون أن يكون ذلك محمولاً على بظنة التسامح من جاره (١) .

٦٠٨ - جواز الاشتراك فى الجزء المعلى - نص قانونى : وتنص المادة ٨١٦ مدنى على ما يأتى :

« للجار الذى لم يساهم فى نفقات التعليق أن يصبح شريكاً فى الجزء المعلى ، إذا هو دفع نصف ما أنفق عليه بقيمة نصف الأرض التى تقوم عليها زيادة السمك إن كانت هناك زيادة » (٢)

(١) انظر فى كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٦٥ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٨٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٨٧ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٨٥ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨١٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٦٠ - ص ٦١) . ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٢/٩٧٥ : إنما إذا أراد أحد الشركاء بالشروع علو حائط ، وذلك بهضاء الشريك الآخر ، فيحق للشريك الآخر ، إذا لم يكن قد تحمل شيئاً من النفقة ، أن يكتسب حق الشركة فى القسم المنشأ حديثاً فى الحائط المشترك ، بشرط أن يدفع نصف هذه النفقة ، وأن يدفع أيضاً ، إذا اقتضى الأمر ، نصف قيمة الأرض المستعملة لزيادة كثافة الحائط . (وأحكام التقنين السورى تتفق مع أحكام التقنين المصرى .)

التقنين المدنى الليبى م ٨٢٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٩٠ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٧١ : ... بيد أنه إذا أراد أحد الشركاء فى الشروع علو حائط ، وذلك برخصة من الفريق الآخر ، يحق لهذا الفريق إذا لم يكن قد تحمل شيئاً من النفقة ، أن يكتسب حق الشراكة فى القسم المنشأ حديثاً فى الحائط المشترك ، بشرط أن يدفع نصف هذه النفقة ، وأن يدفع أيضاً ، إذا اقتضى الأمر ، نصف قيمة الأرض المستعملة لزيادة كثافة الحائط . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

وقد قدمنا أن الجزء المعلن . سواء كانت التعلية دون إعادة بناء الحائط أو بإعادة بنائه . يبقى ملكا خالصا لمن قام بالتعلية ، يقوم هو بنفقات صيانته ، ولا يجوز لجاره أن يستعمل هذا الجزء دون إذنه .

ولكن يجوز للجار ، وهو شريك في الجزء الأسفل من الحائط كما قدمنا ، أن يطلب أن يكون شريكا أيضاً في الجزء المعلن ، فيصبح الحائط مشتركاً في جميع أجزائه . وهذا الحق في الاشتراك في الحائط مقصور ، في القانون المصري . على الجار الذي يكون شريكاً من قبل في الجزء الأسفل ويريد الآن الاشتراك في الجزء المعلن . أما إذا كان الحائط كله ملكاً خالصاً لأحد الجارين ، فلا يجوز للجار الآخر أن يطلب الاشتراك فيه ، كما يجوز ذلك في القانون الفرنسي (١) .

وعلى الجار الذي يريد أن يكون شريكاً في الجزء المعلن أن يعلن رغبته في ذلك ، وليس لإعلان هذه الرغبة شكل خاص فيجوز أن يكون بإنذار على يد محضر ، كما يجوز أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، كما يجوز أن يكون شفويا وعليه عبء إثبات ذلك . ويجب على هذا الجار ، حتى يصبح شريكاً في الجزء المعلن ، أن يدفع لجاره نصف ما أنفق في التعلية ، سواء المصروفات التي أنفقها في تعلية الحائط دون إعادة بنائه ، أو المصروفات التي أنفقها في إعادة بناء الحائط . ويدفع كذلك قيمة نصف الأرض التي تقوم عليها زيادة سمك الحائط ، إن كانت هناك زيادة . فإذا سلم له جاره بذلك دفع نصف النفقات على النحو السالف الذكر ، وإلا لجأ إلى القضاء .

وسواء سلم الجار أو حكم القضاء بالاشتراك في الجزء المعلن ، يجب على من طلب الاشتراك أن يسجل الاتفاق أو الحكم الصادر لصالحه تطبيقاً للمادة ٩ من قانون الشهر العقاري . ويبقى حق الاشتراك قائماً ما قام سببه ، فلا يزول بالتقادم ومن ثم يجوز للجار أن يطلب الاشتراك في الجزء المعلن حتى بعد انقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ التعلية .

ومتى أصبح الجزء المعلن مشتركاً ، فإن الحائط كله يصبح مشتركاً بين

الحجارين ، فيتمملان معاً نفقات صيانتة وإصلاحه وتجديده على الوجه الذى سبق أن بيناه (١) .

المبحث الثانى

أحكام الجائط الفاصل غير المشترك

٦٠٩ - نص قانونى : تنص المادة ٨١٨ مدنى على ما يأتى :

« ١ - ليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه ، ولا على النزول عن جزء من حائط أو من الأرض التى عليها الحائط إلا فى الحالة المذكورة فى المادة ٨١٦ . »

« ٢ - ومع ذلك فليس للمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوى ، إن كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط » (٢) .

ويقابل النص المادة ٥٩/٣٨ - ٦٠ من التقنين المدنى السابق (٣) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى لا مقابل - وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٢٧ - وفى التقنين المدنى العراقى م ١٠٩٢ - وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل (٤) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٠٤ - وانظر فى كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٨٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٨٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٨٧ ، مجلس الشيوخ تحت رقم ٨١٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣ - ٦٦) .

(٣) التقنين المدنى السابق م ٥٩/٢٨ - ٦٠ : ليس للجار أن يجبر جاره على إقامة حائط أو نحوه على حدود ملكه ، ولا على أن يعطيه جزءاً من حائطه أو من الأرض التى عليها الحائط المذكور . ومع ذلك ليس للمالك الحائط أن يهدمه بمجرد إرادته ، إذا كان ذلك يترتب عليه حصوله ضرر للجار المستتر ملكه بحائطه ، ما لم يكن هدمه بناء على باعث قوى .

(وأحكام التقنين المدنى السابق تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

(٤) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

وننتقل هنا إلى الحائط الفاصل غير المشترك ، وقد قرر التمانون في شأنه أموراً ثلاثة : (١) ليس للجار أن يجبر جاره على إقامة حائط فاصل يحوط به ملكه . (٢) وليس للجار أن يطلب من جاره النزول عن جزء من الحائط الفاصل الذي يكون ملكاً خالصاً لهذا الجار . (٣) ولكن لا يجوز للجار ، دون عذر قوى ، أن يهدم الحائط الفاصل الذي يكون ملكاً خالصاً له إذا كان جاره مستترا به .

٦١٠ - ليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه : وهذا ما نصت

عليه العبارة الأولى من المادة ١/٨١٨ مدني فيما رأينا ، وقد جاء هذا النص على خلاف ما يقضي به التقنين المدني الفرنسي ، إذ تقضي المادة ٦٦٣ من هذا التقنين بأنه يجوز للجيران ، في المدن وضواحيها ، أن يجبروا جيرانهم على إقامة ما يحوطون به مساكنهم وأبنيتهم وحدائقهم الموجودة في هذه المدن والضواحي . وقد رأى المشرع الفرنسي أن السكان في المدن وضواحيها في حاجة إلى تحويط مساكنهم وأبنيتهم وحدائقهم ، حتى يأمنوا فضول الناس وعيث العابثين وسطو اللصوص . فأجاز للجار إجبار جاره على المساهمة في ذلك ، وهذا ما يسمى بالتحويط الجبري (clôture forcée) . على أن هذه القاعدة في القانون الفرنسي ليست من النظام العام ، فيجوز للجار أن ينزل عن حقه في إلزام جاره بذلك ، بشرط أن يكون هذا النزول صريحاً (١) . وإذا أقام أحد الملاك على نفقته حائطاً فاصلاً بينه وبين جاره ، لم يحز له أن يطلب من الجار أن يساهم في هذه النفقات ، وإنما يجوز لهذا الأخير ، كما سنرى ، أن يطلب الاشتراك في هذا الحائط فيكون حائطاً مشتركاً بينهما . كما يجوز للجار ، قبل أن يقيم الحائط الفاصل ، أن يجبر جاره على المساهمة معه في إقامته كما سبق القول . ولم يرد في التقنين المدني المصري ، لا السابق ولا الجديد ، نص يلزم

١ - التقنين المدني الليبي م ٨٢٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٩٢ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(١) نقض فرنسي ٢٥ يولييه سنة ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٩ - ١ - ٢٩ - پلانيول وريبير

وبيكار ٣ فقرة ٤٤٥ ص ٤٤٤ .

الجار بتحويل ملكه . بل ورد على العكس من ذلك ، في كل من التقنينين كما رأينا ، نص صريح يقضى بأنه « ليس للجار أن يجبر جاره على تحويل ملكه » . ولئن يريد تحويل ملكه أن يفعل ، دون أن يجبر جاره على المساهمة معه في ذلك . فإذا بنى حائطا فاصلا بينه وبين جاره ، بناء على نفقته دون أن يلزم جاره بالاشتراك معه في هذه النفقات . وعليه هو وحده أن يقوم بصيانة هذا الحائط ، وبترميمه إذا اقتضى الأمر ذلك .

٦١١ - ليس للجار أنه يطلب الاشتراك في حائط جاره : وكما

لا يجوز للجار أن يجبر جاره على المساهمة في الحائط الفاصل الذي أقامه على نفقته ، كذلك لا يجوز للجار الآخر أن يجبر الجار الذي أقام الحائط على الاشتراك معه في هذا الحائط ولو عرض عليه أن يدفع له نصف النفقات أو كلها^(١) . وتقول العبارة الأخيرة من المادة ٨١٨ ملني ، كما رأينا ، في هذا المعنى إنه ليس للجار أن يجبر جاره « على النزول عن جزء من حائط أو من الأرض التي عليها الحائط ، إلا في الحالة المذكورة في المادة ٨١٦ » . والحالة المذكورة في المادة ٨١٦ ملني هي ، كما رأينا ، حالة ما إذا قام الجار بتعليق الحائط المشترك على نفقته ، فيجوز لجاره أن يطلب الاشتراك في الجزء المعلق ويصبح الحائط كله مشتركا . ولكن يشترط في ذلك أن يكون الحائط منذ بدايته حائطا مشتركا ، وعلاه أحد الجارين على نفقته ، فحتى يتيسر إبقاء الحائط كله حائطا مشتركا حتى بعد التعليق ، أجاز المشرع المصري للجار الذي لم يحم بالتعليق أن يطلب الاشتراك في الجزء المعلق على التفصيل الذي سبق بيانه^(٢) .

أما المشرع الفرنسي فقد أجاز ما أجاز المشرع المصري ، وذلك في المادة ٦٦٠ ملني فرنسي . وأجاز فوق ذلك ما لم يجزه المشروع المصري ، فقضى في المادة ٦٦١ ملني فرنسي بأنه يجوز للجار أن يطلب من جاره الاشتراك في

(١) انظر آئفاقة ٦٠٨ .

(٢) انظر آئفاقة ٦٠٨ - يضاف إلى هذه الحالة حالة ما إذا أعاد الجار بناء الحائط المشترك ، واضط أن يزيد في سمك الحائط وأن يأخذ جزءا من هذا السمك من أرض جاره ، حيث يجب أن يدفع الجار ثمن ما أخذه من أرضه (انظر آئفاقة ٦٠٧) - وانظر Pourende رسالة من بورديو سنة ١٩٤٠ - Peder رسالة من رين سنة ١٩٤٠ - Renschel رسالة من ليهون سنة ١٩٤١ - Cazis رسالة من كلان سنة ١٩٤٨ .

حائطه الفاصل ، كله أو بعضه ، بأن يدفع له نصف قيمته أو نصف قيمة الجزء الذى يريد جعله مشتركا : مع نصف قيمة الأرض التى أقيم عليها الحائط .
ففى القانون الفرنسى إذن يجوز للجار أن يطلب الاشتراك فى الجزء المعلق الذى لم يشترك فى تعليته من الحائط الذى كان مشتركا منذ البداية ، وكذلك الاشتراك فى الحائط الفاصل الذى لم يكن حائطا مشتركا من قبل (١) . أما فى القانون المصرى . فالأمر الأول ، دون الأمر الثانى ، هو الجائز (٢) .

٦١٢ - ليس لملك الحائط الذى يستتر به الجار أنه يهدمه دونه

هذه قوى : ولما كان القانون المصرى لا يعطى للجار حقا فى أن يطلب الاشتراك فى الحائط الفاصل المملوك لجاره ملكا خالصا كما قدمنا ، فإنه حوضر على الجار عن ذلك الحق بحق آخر . فإذا كان هناك حائط فاصل مملوك لصاحبه ملكا خالصا . فإن الجار إذا كان لا يستطيع إلزام جاره بالاشتراك فيه ، يملك على الأقل أن يمنع من هدم هذا الحائط الذى يستتر به إذا لم يكن هناك عذر قوى لهدمه . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٨١٨ ملقى فى هذا الصدد ، كما رأينا (٣) ، على ما يأتى : « ومع ذلك فليس لملك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوى . إن كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذا النص : « وفى هذا تطبيق لنظرية التعسف فى استعمال حق الملكية ، ورد فى التقنين الحالى (السابق) . واحتفظ به المشروع (٤) » .

ويجب . حتى تنقيد سلطة المالك فى هدم حائطه ، أن يكون جاره مستترا بهذا الحائط ، فيكون ملك هذا الجار مسورا من جهات ثلاث ، والجهة الرابعة هى التى يستتر فيها بالحائط . أما إذا كان ملك الجار غير مسور إلا من جهتين أو من جهة واحدة ، أو كان غير مسور أصلا ، فلا يمكن أن يقال إنه مستتر بالحائط الفاصل .

(١) انظر فى القانون الفرنسى فى هذه المسألة بلانويل وريبير وبيكمان ٣ فقرة ٣١٢ - فقرة ٣١٨ .
(٢) انظر ألفا فقرة ٦٠٨ .
(٣) انظر ألفا فقرة ٦٠٩ .
(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥ .

ثم يجب أن يكون هدم الحائط دون عذر قوى . فإذا كان لدى صاحب الحائط عذر قوى لهدمه ، كأن كان يريد إعادة تشييد بنائه على وضع يختلف عن وضعه السابق وتقتضى إعادة البناء هدم الحائط ، فمن حقه أن يهدمه حتى ولو كان جاره يستتر به ، لأن له مصلحة ظاهرة في الهدم ، ولا يمكن أن يقال في هذه الحالة إنه متعسف في استعمال حقه في هدم الحائط .

ويجب أخيراً أن يعود هدم الحائط بضرر محسوس على الجار الذى يستتر به . فإذا كان هذا الجار له أرض فضاء سورها من جهات ثلاث واستتر بحائط جاره في الجهة الرابعة ، فهدم الجار لحائطه لا يعود في هذه الحالة بضرر محسوس على صاحب الأرض الفضاء .

وظاهر مما تقدم أن منع صاحب الحائط من هدمه ، إذا توافرت الشروط الثلاثة سالفة الذكر ، ليس إلا تطبيقاً من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فيما قدمناه ، إذ يكون صاحب الحائط قد رمى من هدمه إلى تحقيق مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب البتة مع ما يصيب الجار من ضرر بسببها (م ٥ فقرة ب ملنى) .

وكل ما للجار من حق هو عدم هدم الحائط الذى يستتر به ، فلا يكون له أي حق في الحائط غير هذا القيد السلبي^(١) ، ولذلك عد هذا الحكم ضمن القيود التى ترد على حق الملكية . ومن ثم لا يكون للجار حق ملكية مشتركة في الحائط الذى يستتر به ، إذ يبقى الحائط مملوكاً ملكاً خالصاً لصاحبه ، ولا يجوز للجار استعماله في غير الاستتار به إلا بإذن المالك^(٢) . ولا يكون للجار كذلك حق ارتفاق على الحائط ، وليس التزام صاحب الحائط بعدم هدمه إلا قيداً وارداً على حقه في استعمال ملكه كما سبق القول . ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يكسب

(١) وإذا هدم المالك حائطه بناء على باعث قوى ، فليس لجاره أن يلزمه بإعادة بناء الحائط المستتر به ، وكذلك لا يجبر الجار على الاشتراك في مصروفات الحائط إذا أعاد المالك بناءه (محكمة لقازيق استئناف ٩ أبيل سنة ١٩٠٧ المجلة الرسمية ٩ رقم ٩٠ ص ٢٠٦) .

(٢) وقد قضى بأنه يؤخذ من نص المادة ٣٨ مدنى (قديم) المأخوذة من الشريعة الفراء (م ٦٩ مرشد الخيران) أنه يجوز للجار أن يستتر بحائط جاره . بدون أن يدخل فيه أبنية أو مخاضيب أو غير ذلك مما يضر به (دسوق ٢٦ أكتوبر سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٤ ص ١٩٤) .

البحار الاشتراك في الحائط أو حق ارتفاق عليه بسبب قانوني ، كأن يشتري هذا الحق أو أن يكسبه بالتقادم (١) .

الفرع الثاني

ملكية الطبقات (*)

٦١٣ — **السفل والعلو في التقنين المدني السابق** : كان التقنين المدني السابق يعرف ملكية الطبقات في صورة السفل والعلو ، وهي الصورة التي نقلها عن الفقه الإسلامي . وتتلخص في أن يكون كل من صاحب السفل وصاحب العلو مالكا لطبقة بنائه ملكية خالصة ، حوائط وأرضية وسقفا ونوافذ وأبوابا ويملك صاحب السفل الأرض التي يقام عليها البناء كله : أما صاحب العلو فله حق القرار على السفل . وتبعاً لهذا التصوير كانت المادة ٥٧/٣٦ من التقنين المدني السابق تنص على ما يأتي : « على مالك الطبقة السفلى إجراء ما يلزم لصيانة السقف والأخشاب الحاملة له ، إذ أنها تعتبر ملكا له . وعلى مالك الطبقة العليا صيانة أرضية طبقته من بلاط وألواح ، وعليه أيضا إجراء ما يلزم لصيانة السلم من ابتداء الموضع الذي لا ينتفع به صاحب الطبقة السفلى » .

وقد استبقى التقنين المدني الجديد ملكية السفل والعلو كما كانت في التقنين المدني السابق ، ونقل من هذا التقنين النصوص الخاصة بهذا الموضوع ، وكذلك نقل عن القضاء المصري ما أقره من المبادئ في هذا الشأن (٢) .

٦١٤ — الطبقات المفترزة والسبوع الدورية : ونقل التقنين المدني

(١) محمد علي عرفة فقرة ٣٤٩ — عبد المنعم البدر اوى فقرة ٩٥ ص ١٢٢ — إسماعيل غانم

فقرة ٤٨ .

(٥) مراجع : Julliot في بيع وتقسيم المنازل إلى طبقات وشقق الطبعة الثانية سنة ١٩٢٧ —

Fourcade رسالة من بوردو سنة ١٩٤٠ — Poder رسالة من رن سنة ١٩٤٠ — Renschel رسالة من ليون سنة ١٩٤١ — Cazim في الملكية المختلطة في المقارنات المقسمة إلى شقق كان سنة ١٩٤٨ — السيد علي المغازي في ملكية طبقات المنازل في القانون الفرنسي وفي

القانون المصري (الملحق والجديد) سنة ١٩٤٩ .

(٢) انظر المواد ٨٥٩ — ٨٦١ مدني .

الحديد أيضا عن القانون الفرنسى الصادر فى ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٨ تصويراً آخر للملكية الطبقات أكثر حداثة وجدة ، ويتمشى مع حالة العمارات التى تتكون من عدد كبير من الطبقات والشقق . وفى هذا التصوير تتكون العمارة من أجزاء مفرزة هى الطبقات والشقق لكل طبقة أو شقة مالك مستقل بها ، ومن أجزاء شائعة شيوعاً إجبارياً وهى تشتمل على هيكل العمارة بأجمعه من أرض وحوائط رئيسية وأساسات ومداخل وأفنية وأسطح وسلام ومصاعد ودهاليز ، وبالحملة كل أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع . فلكية الطبقات فى هذا التصوير الحديد تتكون من طبقات مفرزة وشيوع إجبارى .

وقد أراد المشرع ، من وضع التصوير الحديد من الطبقات المفرزة والشيوع الإجبارى إلى جانب الوضع القديم من سفلى وعلو : أن يشجع انتشار ملكية الطبقات بين أفراد الطبقة المتوسطة ، توقفاً لازمة المساكن وازدياد عدد السكان . وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى حين تقول : « وقد نقل هذا التنظيم من القانون الفرنسى الصادر فى ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٨ ، وقصد من نقله إلى تشجيع انتشار ملكية الطبقات بين أفراد الطبقة المتوسطة ذات الإيراد المحدود ، فهذه لا يستطيع الفرد منها أن يملك منزلاً كاملاً ، ويؤثر على الاشتراك مع غيره فى الشيوع أن يستقل بملكية طبقة من طبقات المنزل . فإذا وضع نظام لتحديد العلاقات المستمرة بينه وبين جيرانه ، كان فى هذا طريق لحسم المنازعات التى تنشأ من هذه الملكية ، وسبب لتيسيرها وانتشارها » (١) .

(١) موعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ١٠ - وانظر حكماً المحكمة الاستئناف المختلطة يبرز للفرق بين ملكية العلو والسفل و ملكية الطبقات : استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٨٦ . وانظر فى الفقه المصرى إلى التمييز بين ملكية العلو والسفل وبين ملكية الطبقات : إسماعيل طام فقرة ١٤٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٠٠ ص ٣٤٩ - ص ٣٥٠ - السيد على المغازى فى ملكية طبقات المنازل سنة ١٩٤٩ فقرة ٤٨ ص ٩١ - ص ٩٤ - وانظر فى عدم التمييز ما بين النوعين مع أنهما من مصدرين مختلفين : محمد كامل موسى ٢ فقرة ٢٦٥ - محمد على عرفة فقرة ٣٥٩ وما بعدها - عبد المنعم البدارى فقرة ١٧٦ ص ٣١٣ و فقرة ١٨٤ - حسن كيرة فقرة ١٨٤ وما بعدها - عبد المنعم فريج الصدة فقرة ١٨٤ - فقرة ١٨٦ .

تنبعث في ملكية الطبقات : (أولا) نظام السفلى والعلو ، كما نقله التقنين المدني الجديد عن التقنين المدني السابق والقضاء المصري والشريعة الإسلامية .
(ثانيا) نظام الطبقات المفترزة والشيوع الإجبارى ، كما نقله التقنين المدني الجديد عن القانون الفرنسى الصادر فى ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٨ .

المبحث الأول

السفل والعلو

٦١٥ - تناقص أهمية هذا النوع من ملكية الطبقات : كان نظام السفلى والعلو هو النظام السائد فى ملكية الطبقات فى عهد التقنين المدني السابق . وقد أخذت أهميته تتناقص بانتشار العمارات الكبيرة ، التى يتلاءم معها نظام الطبقات المفترزة والشيوع الإجبارى . على أن نظام السفلى والعلو لا يزال موجودا من مخلفات العهد القديم ، وقد نظمته التقنين المدني السابق كما قدمنا ، وعن هذا التقنين استمد التقنين المدني الجديد النصوص الواردة فى هذا الشأن (١) .

فإذا اقتصرنا هنا على هذا النظام ، دون خلط بينه وبين نظام الطبقات المفترزة والشيوع الإجبارى الذى سيأتى بيانه فيما يلى ، لزم أن نبين التزامات صاحب السفلى ، ثم التزامات صاحب العلو . وتتفرع كل هذه الالتزامات من حق القرار الثابت للعلو على السفلى .

§ ١ - التزامات صاحب السفلى

٦١٦ - التزاماته : يلتزم صاحب السفلى بما يأتى : (أولا) أن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو . (ثانيا) أن يعيد بناء السفلى إذا تهدم .

(١) وقد اشتملت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى على خلط واضح بين نظام السفلى والعلو ونظام الطبقات المفترزة والشيوع الإجبارى (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩ - ١٠ ص ١٠٧ - وانظر فى انتقاد ذلك لإسماعيل غانم فقرة ١٤٩ ص ٢٤٧ هامش ١) .

٦١٧ - الالتزام الأول - القيام بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع

سقوط العلو - نص قانوني : تنص المادة ٨٥٩ مدني على ما يأتي :
 « ١ - على صاحب السفل أن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو » .

« ٢ - فإذا امتنع عن القيام بهذه الترميمات ، جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفل . ويجوز في كل حال لقاضي الأمور المستعجلة أن يأمر بإجراء الترميمات العاجلة » (١) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٢٩ مكررة من المشروع التمهيد على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٣٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه لمس النواب تحت رقم ٩٢٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٥٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦٣ - ص ١٦٤) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٥٥/٣٤ : يجب على مالك الأسفل من طبقات الأماكن إجراء الأشغال والعمرات اللازمة لمنع سقوط العلو المملوك لغيره . فإذا امتنع من إجراء العمرات المقتضية لحفظ العلو المذكور ، جاز للحكم عليه ببيع ما يملكه في المكان . وعلى كل حال للقاضي المعين للمواد الجزئية أن يأمر بإجراء العمرات الضرورية (وحكم التقنين المدني السابق يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨١٤ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٦٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٨٢ : إذا كان لأحد علو وآخر سفل ، فلصاحب العلو حق القرار في السفل ، والسقف ملك لصاحب السفل . ولصاحب العلو حق الانتفاع بسطحه انتفاعاً معناداً ، ولصاحب السفل حق في العلو بستره من الشمس وبقية من المطر .

م ١٠٨٣ : إذا كان باب السفل والعلو واحداً ، فلكل من صاحبيه استعماله استعمالاً مشتركاً ، فلا يسوغ لأحدهما أن يمنع الآخر من الانتفاع به دخولاً وخروجاً .

م ١٠٨٥ : ١ - إذا أهدم السفل أو احتاج إلى ترميم ، فعلى صاحبه بناؤه أو ترميمه ، فإن امتنع ، وعمره صاحب العلو بإذنه أو بإذن المحكمة ، فله الرجوع عليه بما أنفقته على العمارة بالتقدير المعروف . وإن عمره بلا إذن ، فليس له الرجوع إلا بالأقل من قيمتي البناء وقت العمارة أو وقت الرجوع . ٢ - ولصاحب العلو أن يمنع في الحالتين صاحب السفل من الانتفاع به حتى يوفيه حقه ، وله أن يجره بإذن المحكمة ويستخلص حقه من أجرته .

(وفي التقنين العراقي أحكام تفصيلية في السفل والعلو مستمدة من أحكام الفقه الإسلامي)
قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

وقد قدمنا أن في نظام السفلى والعلو ، يملك السفلى صاحبه مفرزا ويدخل في ذلك الأرض المقام عليها البناء كله ، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك ، ويدخل في ذلك أيضاً الأساسات والجدران الرئيسية والسقف ، فلا شيء من ذلك يعتبر شائعاً شيوعاً إجبارياً بينه وبين صاحب العلو كما يكون الأمر في نظام الطبقات المفترزة والشيوع الإجبارى الذى سيأتى بيانه . ويملك العلو صاحبه مفرزاً أيضاً على النحو الذى يملك به السفلى صاحبه فيما قدمناه ، فيدخل في ذلك الجدران الرئيسية والسقف والأرضية . وكل ما يصل العلو بالسفل هو أن للعلو حق القرار على السفلى ، وحق القرار هذا هو الذى تستمد منه التزامات صاحب السفلى نحو صاحب العلو .

وأول التزام يستمد من حق القرار هذا هو أن يقوم صاحب السفلى بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو (م ٨٥٩ / ١ مدنى) . وترتيباً على ذلك يكون على مالك السفلى « إجراء ما يلزم لصيانة السقف والأخشاب الحاملة له ، إذ أنها تعتبر ملكاً له » (م ٥٧ / ٣٦ مدنى سابق) ، وذلك منعاً لسقوط السقف فيسقط معه العلو . ولا يقتصر الأمر على صيانة السقف وترميمه ، بل يجب على صاحب السفلى أيضاً صيانة جدران السفلى وترميمها عند الاقتضاء ، وبالحملة صيانة جميع أجزاء السفلى المملوكة له ملكية مفترزة وترميمها ، وذلك لمصلحة العلو واحتفاظاً له بحق القرار على السفلى (١) . ولكنه لا يلتزم إلا بترميم سفله ، فلا يلتزم بإجراء ترميمات في العلو نفسه لمنع سقوطه (٢) .

فإذا قصر صاحب السفلى في القيام بالتزامه بحيث يترتب على تقصيره تهديد سلامة العلو ، جاز لصاحب العلو أن يلجأ إلى القضاء ليلزم صاحب السفلى أن يقوم بالأعمال الضرورية في سفله لمنع العلو من السقوط . ويجوز الالتجاء إلى قاضى الأمور المستعجلة في ذلك ، إذا كان إجراء الترميمات أمراً عاجلاً . ويجوز في جميع الأحوال أن يستأذن صاحب العلو القضاء في أن يقوم هو بالترميمات الضرورية في السفلى ، على أن يرجع بما أنفقه في ذلك .

(١) وإذا تعدد ملاك السفلى ، كانوا مسئولين بالتضام عن هذا الالتزام (استئناف مختلط ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢٤ . وتتكلم المحكمة عن التضامن لا التضام) .
(٢) مصر الكلية الوطنية ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ الحاماة ١٣ رقم ١٤٢ ص ٣١٥ .

على صاحب السفلى^(١) . ويجوز لصاحب العلو ، لاسترداد ما أنفقه من مصروفات وقياساً على ما سيجيء في المادة ٢/٨٦٠ مدني ، أن يجبس السفلى في يده إذا كان قد تسلمه لترميمه ، وأن يمنع صاحب السفلى من السكنى والانتفاع حتى يؤدي ما في ذمته . ويجوز لصاحب العلو أيضاً أن يحصل على إذن في إيجار السفلى أو سكنه ، استيفاء لحقه . وليس في هذا كله إلا تطبيق للقواعد العامة .

ويجوز لصاحب العلو ، بدلاً مما تقدم ، أن يطلب من القاضى أن يأمر ببيع السفلى لمن يشتريه ويرممه ، فيمنع بذلك سقوط العلو . والقاضى يجيب صاحب العلو إلى ما يطلب من ذلك ، إذا وجد مبرراً لإجابة الطلب . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٨٥٩ مدني في صدرها صراحة على ذلك ، إذ تقول : « فإذا امتنع (صاحب السفلى) عن القيام بهذه الترميمات ، جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفلى » .

ويلاحظ أن التزام صاحب السفلى بترميم سفاه منعا لسقوط العلو التزام عيني ، فيستطيع التخلص منه إذا هو تخلى عن ملكية السفلى^(٢) .

٦١٨ - الالتزام الثاني - إعادة بناء السفلى إذا تهدم - نص قانوني :
تنص المادة ٨٦٠ مدني على ما يأتي :

« ١ - إذا تهدم البناء ، وجب على صاحب السفلى أن يعيد بناء سفله . فإذا امتنع ، جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفلى ، إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفلى على نفقة صاحبه » .

« ٢ - وفي الحالة الأخيرة ، يجوز لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفلى من السكنى والانتفاع حتى يؤدي ما في ذمته . ويجوز له أيضاً أن يحصل على إذن في إيجار السفلى أو سكنه ، استيفاء لحقه »^(٣) .

(١) استئناف مصر ٦ مارس سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٨ ص ١٥ - محمد علي عرفة فقرة ٣٦٠ ص ٤٨٢ - ص ٤٨٤ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « أما صاحب السفلى فعليه أن يقوم بكل الأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو ، وهذا التزام إيجابي يستطيع بالتخلص منه بالتخل عن ملكية السفلى كما هي القاعدة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦٧) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٢٩ مكررة ثانياً من المشروع التمهيدى -

ويجب التمييز هنا بين ما إذا كان انهدام البناء بخطأ صاحب العلو أو بغير خطأه فإن كان بخطأه . رجع صاحب السفلى عليه بالتعويض الواجب ، ولم يكن ملزماً بإعادة بناء السفلى . ولكنه إذا أعاد بناءه فعلاً ، رجع لصاحب العلو حقه في القرار على السفلى بعد أن يكون قد دفع التعويض لصاحب السفلى ، ومن ثم يجوز له أن يبني علوه من جديد مستقراً على السفلى .

وإن كان انهدام البناء بغير خطأ صاحب العلو ، سواء كان الانهدام بخطأ صاحب السفلى أو بغير خطأه ، فإن على صاحب السفلى أن يبرئ بناءه من قبله ، لأن لصاحب العلو حق القرار عليه . فيعيد صاحب العلو بناءه ملزماً مستقراً على السفلى ، بعد أن أعاد صاحبه بناءه على ما قدمنا . ثم إذا كان هدم البناء بخطأ

— على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية فقد كانت في المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ويجوز له أيضاً أن يحصل على إذن في إيجار السفلى وفي استيفاء حقه من الأجرة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، تحت رقم ٩٣١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٢٩ ، وذلك بعد أن استبدلت لجنة الشؤون التشريعية عبارة « أو سكناه استيفاء لحقه » بعبارة « وفي استيفاء حقه من الأجرة » . ووافق على النص ممدداً على هذا النحو مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦٥ — ص ١٦٦) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٥٨/٣٧ ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « إذا سقط البناء ، يجب على مالك الطبقة السفلى تجديد بناء طبقته ، والإجاز بيع ملكه بالمحكمة . (والنص في مجموعه يتفق مع نص التقنين المدني الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨١٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٦٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٨٤ : إذا هدم صاحب السفلى سفله تعديلاً يجب عليه تجديد بنائه ، ويجبر على ذلك .

م ١٠٨٥ : ١ - إذا انهدم السفلى أو احتاج إلى ترميم ، فعلى صاحبه بناؤه أو ترميمه . فإن امتنع ، وعمره صاحب العلو بإذنه أو بإذن المحكمة ، فله الرجوع عليه بما أنفقه على العمارة بالقدر المعروف . وإن عمره بلا إذن ، فليس له الرجوع إلا بالأقل من قيمة البناء وقت العمارة أو وقت الرجوع . ٢ - ولصاحب العلو أن يمنع في الحالتين صاحب السفلى من الانتفاع به حتى يوفيه حقه ، وله أن يؤجره بإذن المحكمة ويستخلص حقه من أجرته . (والتقنين العراقي يردد أحكام الفقه الإسلامي ، ونصوصه في مجموعها تتفق مع نص مصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

صاحب السفلى ، وجب على هذا الأخير تعويض صاحب العلو عن الضرر الذى يصيبه من جراء هدم علوه ثم إعادة بنائه .

والمفروض طبعاً أن البناء يكون قد وقع بعلوه وسفله ، بأن يكون السفلى قد انهدم فترتب على انهدامه انهدام العلو . أما إذا انهدم العلو وحده ، فلا شأن لصاحب السفلى فى انهدام العلو ، ويرجع صاحب العلو على من يكون قد تسبب فى الانهدام .

وإذا كان السفلى آيلاً للسقوط دون أن ينهدم ، فلصاحب العلو أن يستصدر من السلطة الإدارية المختصة أمراً بهدم السفلى ، ثم يطالب بإعادة بنائه على الوجه الذى قدمناه (١) .

وإذا امتنع صاحب السفلى عن إعادة بنائه فى الأحوال التى يجب عليه فيها ذلك ، جاز لصاحب العلو إجباره على إعادة البناء ، ويكون ذلك بأن يختار صاحب العلو أحد أمرين . فإما أن يطلب من القاضى أن يأمر ببيع السفلى على صاحبه ، ويكون ثمنه من حق صاحب السفلى ، وعلى المشتري أن يعيد هو بناء السفلى فإنه لم يشتره وهو منهدم إلا على هذا الشرط (٢) . أو أن يطلب صاحب العلو من القاضى أن يأذن له فى أن يعيد هو بناء السفلى على نفقة صاحبه . فإذا أعاد بناءه ، رجع بما أنفق على صاحب السفلى . ويكون له ضماناً لاستيفاء حقه أن يحبس السفلى فى يده ، بل يجوز له أيضاً أن يحصل على إذن القاضى فى إيجار السفلى أو سكنائه بأجر المثل استيفاء لحقه (٣) .

(١) محمد على عرفة فقرة ٣٦١ ص ٤٨٤ - إسماعيل غانم فقرة ١٦٣ ص ٣٧١ .

(٢) ولا يوجد ما يمنع من أن يكون المشتري هو صاحب العلو نفسه ، وعند ذلك يبنى السفلى والعلو ويكون مالكا لهما معاً . ولكنه فى هذه الحالة لا يجبر على البناء ، فله أن يبنى السفلى دون العلو ، وله ألا يبنى أياً منهما ، فهذا حقه .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « بل إن المشروع سار شوطاً أبعد فى الأخذ بالشريعة الإسلامية فى هذه المسألة الهامة ، فألزم صاحب السفلى ، إذا انهدم سفله ، أن يعيد بناءه ، وإلا يبيع السفلى . ويجوز لصاحب العلو أن يعيد بناء السفلى على نفقة صاحبه ، وله أن يمنع صاحب السفلى من سكنائه والانتفاع به حتى يوفيه حقه ، وله أن يؤجره بإذن القاضى ويستخلص حقه من أجرته . . . م ٦٧ مرشد الحيران » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦٨) .

وقد قضى فى عهد التقنين المدنى السابق بأنه إذا امتنع مالك السفلى الذى تهدم أن يعيد بناءه ، جاز للمحكمة بحسب الظروف إما أن تحكم ببيع ملكه (م ٣٧ مدنى قديم) ، أو أن تأذن للمالك للعلو ببناء السفلى على نفقة مالك السفلى (م ١١٧ مدنى قديم) . وعلى أى حال لا يجوز الحكم على مالك السفلى بدفع تعويض (استئناف وطنى ٦ مارس سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٨ -

§ ٢ - التزامات صاحب العلو

٦١٩ - نص قانوني : تنص المادة ٨٦١ مدني على ما يأتي :

« لا يجوز لصاحب العلو أن يزيد في ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل »^(١) ،
ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٥٦/٣٥^(٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٨١٦ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٦٥ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٠٨٦ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل^(٣) .

(ص ١٥) . وقضى أيضاً بأن مالك العلو له الحق ، في حالة سقوط بناء السفلى وتجديده ، أن يطلب إبقاء ارتفاع البناء الجديد كما كان قبل السقوط إذا كانت له مصلحة في ذلك (استئناف وطني ٧ أبريل سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٣٠٨ ص ١٦٠) . وقضى أيضاً بأنه إذا سقط العلو ، وكانت حوائط السفلى بحالة يمكن معها تحمل إعادة بناء العلو ، إلا أن مصلحة التنظيم منعت صاحب العلو من إقامة علوه مراعاة لحظ التنظيم ، ورفعت دعوى على صاحب السفلى تطالبه بإزالة السفلى ، ولكن المحكمة قضت لمصلحة صاحب السفلى لأن سفله كان بحالة جيدة ، فليس لصاحب العلو أن يلزم صاحب السفلى بهدم سفله وإعادة بنائه على خط التنظيم ليتمكن هو من إعادة بناء علوه (استئناف وطني ٢٧ يناير سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٤٤ ص ٩١) . وقضى بأن قصد الشارع من تكليف صاحب السفلى بتجديده بنائه هو جعل ذلك البناء صالحاً لحمل العلو بالحالة التي كان عليها قبل السقوط ، دون تغيير أو زيادة فيها . فلا يجوز لصاحب ركوب مكون من دور أن يطلب من صاحب السفلى أن يحدد له بناء يترك على تحمل ثلاث أو أربع طبقات (استئناف مصر ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٦٥ ص ٣١٢) . وقضت محكمة مصر مع ذلك بأنه لا يلزم صاحب السفلى بإصلاح سفله ليتمكن صاحب العلو من البناء عليه أو ترميم مبانيه ، وإنما يجوز بيع السفلى جبراً على صاحبه (مصر ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ١٤٢ ص ٣١٥) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٣٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٣٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٠ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦٧ - ص ١٦٨) .

(٢) التقنين المدني السابق : ٥٦ / ٣٥ : لا يجوز لصاحب العلو من الأماكن أن يزيد في ارتفاع بنائه بحيث يضر بالبناء الأسفل . (والحكم واحد في التقنينين السابق والجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨١٦ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٦٥ (مطابق) .

٦٢٠ — عرص الارتفاع بالبناء أو زيادة العبء بحيث يضر بالسفل :
والالتزام الأساسى الذى يقع على عاتق صاحب العلو هو أنه : لما كان له حق
القرار على السفلى ، لا يجوز أن يزيد فى عبء هذا الحق .

ويترتب على ذلك ، أولاً : أنه لا يجوز لصاحب العلو أن يبنى طابقاً
فوق علوه إذا جرم عن ذلك ضرر لصاحب السفلى . ولما كان العلو مملوكاً ملكية
مفرزة لصاحبه كما قدمنا ، فيملك هذا الحيطان الرئيسية والسقف والسطح
وغير ذلك من أجزاء العلو ، فإنه يحق له أن يبنى فوق سطحه طابقاً جديداً
بالعلو الذى يختاره مع مراعاة أمرين : (١) أن يكون العبء من بناء الطابق
الجديد لا يضر بالسفل وأن تتحمله أساسات البناء كما سبق القول : (٢) ألا يكون
فى بنائه للطابق الجديد مخالفة للوائح البناء ونظمه .

ويترتب على ذلك ، ثانياً ، أنه لا يجوز لصاحب العلو أن يزيد فى ارتفاع
علوه — دون أن يبنى طابقاً جديداً — إذا كانت الزيادة فى الارتفاع تضر
بالسفل . فإن لم تكن تضر به ، وتتحملها أساسات البناء ، وتتفق مع لوائح
البناء ونظمه ، جاز له ذلك .

وليس له بوجه عام أن يأتى بأى عمل يكون من شأنه أن يزيد فى عبء
العلو (م ٦٨ من مرشد الحيران) .

ويجب ، فوق ذلك ، على صاحب العلو صيانة أرضية علوه من بلاط
والواح ، حتى لا يتأثر سقف السفلى من الإهمال فى هذه الصيانة . وكانت المادة
٥٧/٣٦ من التقنين المدنى السابق ، كما رأينا (١) ، تنص صراحة على ذلك إذ
تقول : « ... وعلى مالك الطبقة العليا صيانة أرضية طبقته من بلاط والواح ،
وعليه أيضاً إجراء ما يلزم لصيانة السلم من ابتداء الموضع الذى لا ينتفع به

— التقنين المدنى المرقى م ١٠٨٦ : ١ — لا يجوز لذى العلو أن يبنى بناء جديداً ، ولا أن يزيد
فى ارتفاعه ، بغير إذن صاحب السفلى ، إلا إذا كان ذلك لا يضر بالسفل فله أن يقوم به بغير
إذن . ٢ — ولا يجوز لذى السفلى أن يحدث فيه ما يضر بالعلو ، وإذا تهدم السفلى وأعاد
صاحبه ، جاز له أن يزيد فى ارتفاعه بما لا يضر صاحب العلو ، مع مراعاة القوانين الخاصة
بالبناء . (وهذه الأحكام تتفق فى بعضها مع أحكام التقنين المصرى) .

قانون الملكية العقارية البنائى لا مقابل .

(١) انظر آنفاً فقرة ٦١٣ .

صاحب الطابق السفلى » . أما صيانة قاعدة أرضية العلو ، وهى سقف السفلى : فعلى صاحب السفلى ، وتنص على ذلك صراحة نفس المادة ٥٧/٣٦ ، كما رأينا^(١) ، إذ تقول : « على مالك الطابق السفلى إجراء ما يلزم لصيانة السقف والأخشاب الحاملة له . إذ أنها تعتبر ملكا له »^(٢) .

المبحث الثانى

الطبقات المفروزة والشيوع الإجبارى

٦٢١ — سألتاه : فى التصوير الحديد لملكية الطبقات ، وهو التصوير الذى نقله التقنين المدنى عن القانون الفرنسى الصادر فى ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٨ ، قدمنا^(٣) أن البناء يتكون من أجزاء مفروزة هى الطبقات والشقق لكل طبقة أو شقة مالك مستقل بها ، ومن أجزاء شائعة شيوعا إجباريا وهى كل أجزاء البناء الأخرى المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع .
فنبحث : (أولا) الأجزاء المفروزة والأجزاء الشائعة . (ثانيا) إدارق الأجزاء الشائعة عن طريق اتحاد ملاك الطبقات .

المطلب الأول

الأجزاء المفروزة والأجزاء الشائعة

٦٢٢ — نص قانونى : تنص المادة ٨٥٦ مدنى على ما يأتى :
« ١ — إذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة ، فإنهم يعدون شركاء فى ملكية الأرض وملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع ، وبوجه خاص الأساسات والحدران الرئيسية والمداخل والأفنية والأسطح والمصاعد والممرات والدهاليز وقواعد الأرضيات وكل أنواع

(١) انظر آتفا فقرة ٦١٣ .

(٢) انظر آتفا فقرة ٦١٧ .

(٣) انظر آتفا فقرة ٦١٤ .

الأنابيب إلا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة ، كل هذا ما لم يوجد في سندات الملك ما يخالفه .

« ٢ - وهذه الأجزاء المشتركة من الدار لا تقبل القسمة ، ويكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة الجزء الذي له في الدار ، وليس للمالك أن يتصرف في نصيبه هذا مستقلاً عن الجزء الذي يملكه . »

« ٣ - والحواجز الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين » (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، إذ كان هذا التقنين لا يعرف إلا نظام السفلى والعلو .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٨١١ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٦٠ - وفي التقنين المدني العراقي لا مقابل - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (٢) .

ويتبين من النص سالف الذكر أن في الدار المملوكة الطبقات أو الشقق لملاك مختلفين أجزاء مفرزة كل جزء منها يملكه أحد هؤلاء الملاك مستقلاً ، وأجزاء شائعة شيوخاً دائماً بين هؤلاء الملاك جميعاً .

٦٢٣ - الأجزاء المفترزة : والأجزاء المفترزة في البناء متعدد الطبقات هي عادة الطبقات والشقق التي ينقسم إليها البناء ، فكل طبقة أو شقة في البناء تكون مملوكة ملكية مستقلة لأحد الأشخاص . وتشمل الطبقة أو الشقة كل

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٢٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، مع ورود لفظ « السلم » ضمن الأجزاء المشتركة في المشروع التمهيدى . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٢٧ في المشروع النهائى ، وحذف لفظ « السلم » دون سبب ظاهر لحذفه . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٢٥ فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٥٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٥ - ص ١٥٨) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨١١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٦٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

ما تحتويه مما هو معد للاستعمال الخاص بالمالك ، فتشمل ما يوجد داخل الطبة أو الشقة من حواجز فاصلة بين الحجرات ، وما يوجد فيها من أنابيب الماء والغاز وأسلاك الكهرباء والأدوات الصحية وغيرها من الأدوات المثبتة ، وكذلك الباب الخارجى والأبواب الأخرى والنوافذ والشرفات . إىما الجدران الرئيسية والأرضية والسقف . فهذه كلها من الأجزاء الشائعة كما سنرى ، ولكن البلاط والأخشاب التى تكسو الأرضية والسقف والجدران هى ملك خالص لمالك الطبة أو الشقة .

ولمالك الطبة أو الشقة ما للملاك من حقوق . فله أن يستعمل طبقته أو شقته ، فيسكنها بنفسه أو يسكنها أحدا من ذويه . وله أن يستغلها ، فيؤجرها لغيره . وله أن يتصرف فيها بالبيع والهبة والرهن وغير ذلك من أنواع التصرفات . وله أن يشارك فيها غيره على الشيوع فتكون مملوكة على الشيوع لشخصين أو أكثر ، وذلك ما لم يتفق الملاك على منع التجزئة ، فيكون لكل طبة أو شقة مالك واحد منعا من تكاثر الملاك وانخفاض قيمة الدار تبعا لذلك ، ويجب على المالك ألا يغلو فى استعمال حق ملكه فيضر بجيرانه — وهم هنا من ألصق الجيران إذ هم الساكنون معه فى نفس الدار — ضرراً غير مألوف . وعلى ذلك لا يجوز له أن يقوم بأى عمل فى الطبة أو الشقة يكون من شأنه أن يوهن البناء أو يضعف من متانته . وعليه أن يقوم بصيانة ما يكسو أرضية طبقته أو شقته وسقفها من بلاط وأخشاب ، حتى لا تتأثر قواعد الأرضيات والسقوف وهى ملك شائع من التقصير والإهمال فى الصيانة .

٦٢٤ — الأجزاء الشائعة : وتعتبر أجزاء شائعة ، طبقا لنص المادة ١/٨٥٦ مدنى ، « أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع » . فيدخل إذن ضمن الأجزاء الشائعة ما ذكرته المادة ١/٨٥٦ مدنى ، لا على سبيل الحصر ، من أرض أقيم عليها البناء ، ومن أساسات وجدران رئيسية ومداخل وأفنية وأسطح ومصاعد وممرات ودهاليز ، وقواعد الأرضيات والأسقف ، وأنابيب المياه والغاز وأسلاك الكهرباء إلا ما كان من ذلك داخل الطبة أو

الشقة كما رأينا (١). وقد أغفل نص المادة ٨٥٦/١ مدني ذكر السلم بين الأجزاء الشائعة ، مع أنه كان وارداً في المشروع التمهيدى للنص (٢). والظاهر أن هذا الإغفال جاء سهواً لا قصداً ، فبدخل السلم أيضاً بين الأجزاء الشائعة إذ هو من أهم هذه الأجزاء . وقد قدمنا أن تعداد النص للأجزاء الشائعة لم يجرى على سبيل الحصر (٣). وبدخل أيضاً ضمن الأجزاء الشائعة ، غير السلم مما هو ليس مذكوراً في النص ، غرفة البواب ومحل سكنه ، والحديقة أو الحدائق المشتركة ، وأعلى المداخل . وبالحملة كل ما كان معداً للاستعمال المشترك بين الجميع .

على أن الأصل أن تحدد سندات الملك الأجزاء الشائعة والأجزاء المفروزة في البناء . وتشتمل على تقدير لقيمة الأجزاء المفروزة للاستعانة بها عند توزيع النفقات والتكاليف على الملاك المتعديدين ، وعند تحديد حصة كل مالك في الأجزاء الشائعة . فيجوز أن يذكر الملاك في سندات الملك أجزاء أخرى غير التي ذكرها القانون على أنها أجزاء شائعة . كما يجوز أن يستبعدوا من الشيوع ما ذكر القانون أنه شائع . فالعبرة أولاً بسندات الملك ، ويجيء بعد ذلك ما نص عليه القانون .

وقد أضافت الفقرة ٣ من المادة ٨٥٦ مدني ، كما رأينا (٤) ، أن « الحوافز الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين » ، فهي إذن لا تكون شائعة بين الجميع . ويقاس على ذلك ما كان خاصاً ببعض الشقق دون بعض ، كباب أو دهليز خاص بشقتين دون غيرهما من الشقق .

٦٢٥ — مفروض المالك في الأجزاء الشائعة — نص قانوني : والأجزاء

المشتركة التي تقدم بيانها تعتبر مملوكة ملكية شائعة لجميع ملاك الطبقات والشقق . والشيوع هنا إجباري دائم لا يقبل القسمة ، وحصة كل مالك في هذه الأجزاء تكون بنسبة قيمة الجزء المفروز الذي له في الدار . وليس له أن يتصرف في هذه

(١) انظر آفا فقرة ٦٢٣ .

(٢) انظر آفا فقرة ٦٢٢ ص ١٠١٨ هامش ١ .

(٣) قارن محمد علي عرفة فقرة ٣٥٥ ص ٤٢٥ .

(٤) انظر آفا فقرة ٦٢٢ .

لحصة تصرفا مستقلا عن التصرف في الجزء المفروز الذي يملكه ، إذ أن الحصة في الأجزاء الشائعة تابعة تبعية مطلقة للجزء المفروز الذي يملكه المالك ، وقد أعدت إعدادا كاملا لخدمة هذا الجزء . وفي هذا تقول الفقرة الثانية من المادة ٨٥٦ مدني ، كما رأينا^(١) ، « وهذه الأجزاء المشتركة من الدار لا تقبل القسمة ، ويكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة الجزء الذي له في الدار ، وليس للمالك أن يتصرف في نصيبه هذا مستقلا عن الجزء الذي يملكه » .

والعبرة في تقدير قيمة الجزء المفروز الذي يملكه المالك — وهذه القيمة تحدد حصته في الأجزاء الشائعة كما رأينا وكذلك نصيبه في التكاليف المشتركة كما سنرى^(٢) — بوقت إنشاء الدار ، وتذكر عادة هذه القيمة في سند التملك ومن ثم لا تتغير القيمة بما يمضي من الزمن من وقت إنشاء الدار ، وما يستتبع ذلك من استهلاك البناء . ولا تتغير بالتغيرات الخارجية كإنشاء شارع أمام جانب من جوانب الدار أو إلغاء حديقة كانت أمام جانب آخر ، أو بالتغيرات الداخلية كتحصين المالك لشقته أو لطبقة من الداخل . بل تبقى القيمة ثابتة كما كانت وقت إنشاء الدار كما قدمنا^(٣) .

أما فيما يتعلق باستعمال كل مالك للأجزاء الشائعة في سبيل الانتفاع بالجزء المفروز الذي يملكه ، فتنص المادة ٨٥٧ مدني على ما يأتي :

« ١ — كل مالك ، في سبيل الانتفاع بالجزء الذي يملكه في الدار ، حر في أن يستعمل الأجزاء المشتركة فيما أعدت له ، على ألا يحول دون استعمال باقي الشركاء لحقوقهم » .

« ٢ — ولا يجوز إحداث أى تعديل في الأجزاء المشتركة بغير موافقة جميع الملاك حتى عند تجديد البناء ، إلا إذا كان التعديل الذي يقوم به أحد

(١) انظر ألفا فترة ٦٢٢ .

(٢) انظر مايل فقرة ٦٢٦ .

(٣) انظر في الخلاف في هذه المسألة إسماعيل غانم فقرة ١٥٣ — وانظر في الاعتداد بالتغيرات الخارجية دون الداخلية السيد علي المغازي فقرة ١٨ ص ٣٤ وفقرة ٣٢ ص ٦٤ — ص ٦٥ — عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٧٧ ص ٢١٤ وفقرة ١٨١ ص ٢١٧ — وانظر في الاعتداد بالتغيرات الخارجية والداخلية معاً محمد علي عرفة فقرة ٣٥٧ ص ٤٧٩ — ص ٤٨٠ — وانظر في عدم الاعتداد بأية تغييرات خارجية كانت أو داخلية إسماعيل غانم فقرة ١٥٣ ص ٣٥٦ — ص ٣٥٧ .

الملاك على نفقته الخاصة من شأنه أن يسهل استعمال تلك الأجزاء ، دون أن يغير من تخصيصها ، أو يباحق الضرر بالملاك الآخرين^(١) .

ويتبين من هذا النص أن كل مالك من ملاك الطبقات والشقق له أن يستعمل الأجزاء الشائعة فيما خصصت له ، وعلى الوجه الذي لا يضر بالدار ، ولا يحول دون استعمال باقى الملاك لهذه الأجزاء الشائعة نفسها . فله أن يدخل من الباب العام للبناء فى أى وقت ، وأن يستعمل السلم أو المصعد للوصول إلى طبقته أو شقته ، وأن يوصل أنابيبه ومواسيره الداخلية بالأنابيب والمواسير المشتركة للدار فى الماء والغاز والكهرباء ، وأن يحفر داخل الجدار الرئيسية دواليب ومداخل لاستعماله الخاص ، وأن يضع فى هذه الجدران أنابيبه ومواسيره الخاصة . ويجوز للمالك الطبقة السفلى من الدار أن يفتح بابا فى الجدار الرئيسى . أو أن يحول نافذة إلى باب ، على شرط ألا يخل ذلك بمتانة البناء ولا بمظهره الخارجى^(٢) . ولكن لا يجوز للمالك الطبقة السفلى أن يحفر سراديب تحت الأرض أو آبارا ، ولا يجوز للمالك الطابق الأعلى أن يبني طابقا جديداً فوق طابقه فإن جدران طابقه الرئيسية وسقفه معتبرة ضمن الأجزاء الشائعة كما قدمنا ، وهذه بخلاف صاحب العلو فقد رأيناه يستطيع أن يبني فوق علوه بناء جديدا إذا كان ذلك لا يضر بالسفل^(٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٢٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٢٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٢٦ ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٥٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٨ - ص ١٦٠) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨١٢ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٦١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(٢) نقض فرنسى ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٩ جازيت دى باليه ١٩٣٩ - ١ - ٦٠١ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٦٢٠ .

ولا يجوز لمالك الطبقة أو الشقة إدخال أى تعديل فى الأجزاء الشائعة للدار بغير موافقة سائر الملاك^(١) . وإنما يجوز له ، بغير موافقة الملاك ، إدخال تعديلات يكون من شأنها تبسيط استعمال الجزء الشائع دون تغيير فى تخصيصه ودون إلحاق ضرر بالملاك الآخرين ، كأن يوسع السلم أو يحول المصعد إلى مكان أليق ، بشرط أن يكون ذلك على نفقته الخاصة^(٢)

٦٢٦ - تكاليف الأجزاء الشائعة - نص قانونى : تنص المادة ٨٥٨

على ما يأتى :

١ - على كل مالك أن يشترك فى تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة

- (١) ولكن إذا تكوّن اتحاد الملاك الطبقات والشقق - كما سيحىء - فإنه يجوز لهذا الاتحاد ، بالأغلبية العادية ، أن يقرر إدخال أى تعديل فى الأجزاء الشائعة . وكذلك يجوز ، دون تكوين اتحاد للملاك ، وطبقاً للقواعد المقررة فى إدارة الشيوخ العادى ، للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع الأجزاء الشائعة أن يقرروا إدخال تعديلات تخرج عن حدود الإدارة المعتادة ، وللأقلية حق التظلم أمام المحكمة (م ٨٢٩ مدنى) - انظر فى هذا المعنى لإسماعيل غانم فقرة ١٥٤ ص ٣٥٩ هامش ١ - وقارن السيد على المغازى فقرة ٧١ ص ١٢٢ .
- (٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٩ - ص ١٦٠ .

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن تصوير ملكية الطبقات على أنها ملكية أجزاء متتبعها ملكية أجزاء شائعة تصوير ناقص ، إذ أن هذا من شأنه أن يعدم اتصال أجزاء البناء المفروزة بعضها ببعض ككل لا يتجزأ فى بناء واحد . والأولى أن يقال إن ملك الطبقات يملكون البناء كله شائما ، على أن يكون لكل منهم منفرداً حق استعمال الطبقة أو الشقة التى تخصه ، ثم يستعمل مع غيره من الملاك سائر الأجزاء الشائعة (Hébraud ص ٢٥ وما بعدها - Chevallier ص ٧٩ - Azoulay رسالة من باريس سنة ١٩٥٦ - Mazeaud ٢ فقرة ١٣٢٦ ص ١٠٨٣) . وهذا التصوير يودى إلى القول بأن الطبقات أو الشقق تكون شائعة بين الملاك ، وإنما تقسم بينهم قسمة أقرب إلى أن تكون قسمة مهايأة مكانية ، لكل منهم الطبقة أو الشقة التى تخصه ، ولكن المهايأة المكانية هنا تكون مهايأة دائمة .

على أن هذا التصوير لم يسد فى القضاء الفرنسى ، وتتمسك محكمة النقض الدنية بالتصوير المألوف من أن لكل مالك طبقة أو شقة يملكها وحده ملكية متتبعها مستقلة ، ويشارك بعد ذلك بحصته الشائعة فى الأجزاء المشتركة (نقض فرنسى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٥٥ جازيت دى باليه ١٩٥٦ - ١ - ٥٢ - وانظر أيضاً كاربونيه ص ٢٠٠ - مارتى ورينو فقرة ٢٤٠ ص ٢٤٩ - ص ٢٥٠) - وانظر فى تطور الفقه الرأسى فى طبيعة ملكية الطبقات مارتى ورينو فقرة ٢٤٠ . وانظر فى جواز إجبار المالكين فى الشيوخ لبناء على أن يقسموه فيما بينهم طبقات مارتى ورينو

وصيانتها وإدارتها وتجديدها ، ويكون نصيبه في هذه التكاليف بنسبة قيمة الجزء الذى له في الدار ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك .
 « ٢ - ولا يجوز للمالك أن يتخلى عن نصيبه في الأجزاء المشتركة للتخلص من الاشتراك في التكاليف المتقدمة الذكر » (١) .

ويؤخذ من هذا النص أن تكاليف حفظ الأجزاء الشائعة وصيانتها وإدارتها وتجديدها عند الاقتضاء يساهم فيها جميع الملاك ، لأهم جميعا ينتفعون بالأجزاء الشائعة ، أو هي في القليل معدة لانتفاعهم بها . ويدخل في ذلك تكاليف ترميم الأجزاء الشائعة إذا احتاجت إلى ترميم ، وإصلاح المصعد ، ومصرفات الصيانة العادية من كذس ورش ، ونفقات تجديد ما يجب تجديده من هذه الأجزاء الشائعة كتجديد الباب العام للدار أو الآلة الرافعة للمياه ونحو ذلك . وتدخل أيضا تكاليف المياه والكهرباء ، ومصرفات صيانة المصعد والسلام ، وأجور

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٢٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المشروع التمهيدي كانت تجرى كما يأتي : « هذا إذا لم تتعرض سندات الملك لشيء من ذلك ، أو إذا تناقضت هذه السندات بعضها مع البعض الآخر » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٢٩ في المشروع النهائي ، بعد استبدال العبارة الآتية « ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك » بالعبارة الأخيرة من الفقرة الأولى . ووافق لمس النواب على النص تحت رقم ٩٢٧ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٥٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦١ - ص ١٦٣) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨١٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٦٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٧٢ : إذا كانت طوايق بيت تخص مالكين مختلفين ، فإن لإصليحات والتجديدات في البناء تكون خاضعة للأحكام التالية ، ما لم يكن هناك شروط مخالفة المذكورة في سندات الملكية : كلفة الجدران الفسحة والسقوف هي على عاتق جميع أصحاب العقار ، كل واحد بنسبة الطابق الذي يملكه . على صاحب كل طابق كلفة أرض الطابق التي يمشي عليها . على صاحب الطابق الأول كلفة الدرج المؤدى إلى ذلك الطابق ، وعلى صاحب الطابق الثاني كلفة للدرج الذي يؤدي إليه ابتداء من الطابق لأول وهلم جرا . (والتقنين اللبناني استقى هذا النص من المادة ٦٦٤ مدني فرنسي) .

الأشخاص الموكدين بتمهيد هذه الأجزاء الشائعة وبخاصة أجرة البواب ، والعوائد التي تجلبها البلدية ، والضرائب المفروضة ، وأقساط التأمين على الأجزاء الشائعة . ومساهمة كل مالك في هذه التكاليف تكون بنسبة قيمة طبقته أو شقته ، كما هي مقدرة وقت إنشاء الدار كما سبق القول (١) .

وإذا كان المالك ملزما بالمساهمة في هذه التكاليف التزاما عينيا ، إلا أنه مع ذلك لا يستطيع التخلص من هذا الالتزام عن طريق التخلي عن ملكية حصته في الأجزاء الشائعة ، بل هو لا يستطيع التخلص إلا إذا تخلى عن ملكية طبقته أو شقته نفسها بما يتبعها من حصة في الأجزاء الشائعة . والسبب في ذلك أنه إذا اقتصر على التخلي عن ملكية الحصة الشائعة ، فإنه في الغالب من الأحوال سيستمر مستعملا للأجزاء الشائعة كما كان الأمر قبل التخلي ، فهو لابد منتفع بالبواب للدخول ، والسلم للصعود ، وبالحدران الرئيسية والأسقف والأرضيات وما إلى ذلك . وحتى لو استطاع أن يمتنع عن الانتفاع ببعض الأجزاء الشائعة كالمصعد والحديقة ، فإنه بصعب عمليا مع ذلك حساب نصيبه ، فينجم عن التخلي منازعات لا تنهى .

كذلك يستوى في المساهمة في هذه التكاليف أن ينتفع المالك فعلا بالأجزاء الشائعة أو لا ينتفع ، فهي معدة لانتفاعه في جميع الأحوال . ويستوى أن يكون انتفاعه بها بالمقدار الذي يساهم به في التكاليف ، فصاحب الطبقة العليا إذا كانت قيمتها قليلة ينتفع بالمصعد أو السلم أكثر مما ينتفع به صاحب الطبقة الأدنى ذات القيمة الكبيرة ، ومع ذلك يساهم بنسبة أقل (٢) .

٦٢٧ - إدارة الأجزاء الشائعة : ولما كانت الأجزاء المشتركة شائعة

بين جميع ملاك الطبقات والشقق كما قدمنا ، فإن إدارتها تتبع فيها القواعد التي تقدم ذكرها في إدارة المال الشائع .

فقد يتفق الملاك على وكيل عنهم لإدارتها ، وغالبا يكون الوكيل هو بواب العمارة . وقد يقوم أحد الملاك بالإدارة فعلا ، فتثبت له الوكالة الضمنية إذا هكت بقية الملاك مرتضين إدارته .

(١) انظر آنفا فقرة ٦٢٥ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦٢ .

وإذا لم يكن هناك وكيل ، فالإدارة العادية تكفي فيها أغلبية الملاك على أساس قيمة الطبقات والشقق التي يملكونها . ولهذا الأغلبية أن تعين مديراً ، وأن تضع نظاماً لإدارة الأجزاء الشائعة والانتفاع بها (م ٨٢٨ مدني) . أما الإدارة غير العادية ، فلا بد فيها من أغلبية خاصة هي أغلبية ثلاثة أرباع الأنصبة ، وللأقلية أن تتظلم من قرارات هذه الأغلبية إلى القضاء (م ٨٢٩ مدني) . وقد سبق تفصيل ذلك عند الكلام في إدارة المال الشائع .

ولكن الشروع هنا شروع دائم إجباري ، ولا يجوز فيه طلب القسمة كما سبق القول ، في حين أن الشروع العادي شروع مؤقت يجوز فيه طلب القسمة فتضع القسمة حداً لمتاعب الإدارة المشتركة . لذلك كفل القانون لملاك الطبقات والشقق ، وهم لا يستطيعون طلب قسمة الأجزاء الشائعة ، أن يكونوا اتحاداً منهم لإدارتها ، وهذا ما تنتقل الآن إليه .

المطلب الثاني

إدارة الأجزاء الشائعة عن طريق تكوين اتحاد

٦٢٨ - نص قانوني : تنص المادة ٨٦٢ مدني "على ما يأتي :

- « ١ - حيثما وجدت ملكية مشتركة لعقار مقسم إلى طبقات وشقق ، - جاز للملاك أن يكونوا اتحاداً فيما بينهم » .
 - « ٢ - ويجوز أن يكون الغرض من تكوين الاتحاد بناء العقارات أو مشاركتها ، لتوزيع ملكية أجزائها على أعضائها » (١) .
- ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .
- ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري .

(١) تاريخ النص : و هذا النص في المادة ١٢٣١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض خلاف لفظي طفيف ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٣٣ في المشروع النهائي ، بعد تعديلات لفظية طفيفة . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣١ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦٩ - ص ١٧٠) .

م ٨١٧ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٦٦ . وفي التقنين المدني العراقي لا مقابل -
وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (١) .

ويتبين من هذا النص أن ملاك طبقات البناء وشققها يجوز لهم أن يكوّنوا
فيما بينهم اتحادا لإدارة الأجزاء الشائعة في البناء ، وذلك إذا رغبوا في الانتفاع
بما يكون للاتحاد في إدارة الأجزاء الشائعة من سلطات أوسع وتيسيرات أكثر
عما يكون عليه الأمر لو أنهم اقتصروا على تطبيق القواعد التي سبق تقريرها
في إدارة المال الشائع .

ويجب ، لتكوين هذا الاتحاد ، إجماع الملاك على تكوينه (٢) ، إذ أن
سلطاته أوسع من سلطات المدير العادي للمال الشائع كما سبق القول . ويكون
جميع الملاك أعضاء في الاتحاد ، ماداموا قد أجمعوا على إنشائه .

وليس من الضروري أن يتكون هذا الاتحاد بعد إنشاء البناء ، بل يجوز أن
يكون الغرض من تكوين الاتحاد هو بالذات الحصول على بناء متعدد الطبقات
والشقق ، يبنيه الاتحاد أو يشتريه ، ثم يوزع طبقاته وشققه على الأعضاء .
وفي هذا تشجيع كبير على الإكثار من ملكية الطبقات ، أشد ما تكون الحاجة
إليها في وقت اشتدت فيه أزمة المساكن عقب الحربين العالميتين الأولى والثانية ،
وعلى أثر تزايد السكان تزايداً مضطرباً سريعاً .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨١٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٦٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(٢) فاتحاد الملاك في القانون المصري جواز لا إجباري ، بل يجب في تكوينه إجماع
ملاك الطبقات والشقق . أما في القانون الفرنسي الصادر في ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٨ ، فاجتماع ملاك
ملاك الطبقات والشقق في اتحاد (syndicat) إجباري ، ويتم بحكم القانون . ذلك أن إدارة
المال الشائع في القانون الفرنسي ، في الشيوع العادي ، لا بد فيه من الإجماع ، وهذا النظام يتعذر
تطبيقه في الأجزاء الشائعة للبناء الواحد . ومن ثم جعل القانون الفرنسي اجتماع الملاك في اتحاد أمراً
إجبارياً في حين أن القانون المصري قد نظم الشيوع العادي تنظيماً يكفل للأغلبية حق الإدارة ، فلم تكن
هناك ضرورة ملحة - كما وجدت في القانون الفرنسي - إلى جعل اتحاد الملاك إجبارياً (انظر
إسماعيل غانم فقرة ١٥٤ ص ٣٥٨ هامش ٣ - وقارن محمد علي عرفة فقرة ٣٦٣ ص ٤٨٨) .

ونتكلم أولاً في اتحاد الملاك ، ثم في مأمور اتحاد الملاك .

§ ١ - اتحاد الملاك

٦٢٩ - اتحاد الملاك يعتبر جمعية لها شخصية معنوية : الواضح أن

اتحاد الملاك هو جمعية من جميع ملاك الطبقات والشقق في البناء الواحد ، وقد تكونت لغرض غير الحصول على ربح مادي ، وهذا الغرض هو إدارة الأجزاء الشائعة في البناء لمصلحة جميع الأعضاء (١) .

ويتمتع اتحاد الملاك بالشخصية المعنوية ، شأنه في ذلك شأن أية جمعية ه يدل على ذلك بوجه خاص أنه يتعامل في الحياة المدنية باعتباره شخصاً ، فكل قرض يمنحه لأحد الملاك الشركاء لتمكينه من القيام بالتزامه يكون مضموناً بحق امتياز لمصلحة الاتحاد (باعتباره شخصاً معنوياً) على الجزء المفرز الذي يملكه الشريك وعلى حصته الشائعة في الأجزاء المشتركة من العقار (م ٨٦٩ مدني) . ويدل على ذلك أيضاً أن الاتحاد يقاضي ويقاضى ، ويمثل المأمور الاتحاد أمام القضاء حتى في مخاصمته الملاك الشركاء إذا اقتضى الأمر (م ٨٦٦ / ٢ مدني) .

فلاتحاد الملاك إذن شخصية معنوية مستقلة عن شخصية ملاك الطبقات والشقق ، وتبعاً لذلك تكون له ذمة مالية مستقلة .

ولكن لاتحاد الملاك تنظيم خاص به يختلف عن تنظيم الجمعيات بوجه عام ، فلا يشترط أن يكون للاتحاد نظام مكتوب كما يشترط ذلك في الجمعية ، ولا أن يكون للاتحاد مجلس إدارة ويكفي أن يكون له مأمور كما سنرى ، وتتخذ قرارات الاتحاد بأغلبية الملاك جميعاً من حضر ومن لم يحضر وفي الجمعية بأغلبية الأعضاء الحاضرين . وإذا تألف اتحاد لتشييد أو لشراء بناء ذي طبقات وشقق متعددة وتوزيعها على أعضائه ، فإن هذا الاتحاد يتخذ في أول الأمر صورة الجمعية ، وهو في الغالب يتخذ صورة الجمعية التعاونية حتى يستفيد من المزايا التي تمنحها الدولة لهذا النوع من الجمعيات (٢) .

(١) انظر المادة الأولى من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة (قانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦) . وانظر إسماعيل غانم فقرة ١٥٥ .

(٢) إسماعيل غانم فقرة ١٥٥ ص ٣٦٠ هامش ٣ - جابر جاد عبد الرحمن في انتماءات -

وإذا كان لاتحاد الملاك شخصية معنوية وذمة مالية ، فإنه مع ذلك لا يعتبر مالكا للبناء ، بل ملاك البناء بأكمله هم أصحاب الطبقات والشقق ، يملكون بعض البناء مفرزاً وبعضه شائعاً على التفصيل الذي قدمناه^(١) . والاتحاد له ماله الخاص ، ويتكون في الغالب من الاشتراكات التي قد يلزم الأعضاء بدفعها ، ومن المال الذي يجمعه من الأعضاء للإنفاق منه على إدارة الأجزاء الشائعة ، ومن القروض التي قد يحصل عليها لإقراض الأعضاء .

٦٣٠ - وضع نظام لإدارة الأجزاء الشائعة - نص قانوني : تنص

المادة ٨٦٣ مدني على ما يأتي :

« للاتحاد أن يضع ، بموافقة جميع الأعضاء ، نظاماً لضمان حسن الانتفاع بالعقار المشترك وحسن إدارته^(٢) » .

ويؤخذ من هذا النص أن الاتحاد بالخيار ، إما أن يضع لائحة تنظيمية يسير عليها في تمكين الأعضاء من الانتفاع بالأجزاء الشائعة من البناء وفي حسن إدارة هذه الأجزاء الشائعة ، أو ألا يضع لائحة ما ويكتفي باتخاذ القرارات الفردية اللازمة لإدارة الأجزاء الشائعة .

١ - التعاون جزء أول في البيان التعاوني سنة ١٩٥٦ فقرة ١٠ ص ١٣٣ - ص ١٤٣ - حلى مراد في التعاون من الناحيتين المذهبية والتشريعية سنة ١٩٦١ فقرة ٥٨ ص ١٠١ - ص ١١٢ .
(١) انظر آتياً فقرة ٦٢٣ - فقرة ٦٢٤ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٣٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :
« يجب زلنقابة أن تضع لائحة تكفل حسن الانتفاع بالعقار المشترك وتقرر قواعد لإدارته المشتركة ، بشرط أن يوافق جميع الأعضاء على هذه اللائحة . ٢ - ولا تكون اللائحة ملزمة لخلف خاص لأحد أعضاء النقابة إلا بعد تسجيلها » . وقد وافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٣٤ في المشروع النهائي ، بعد حذف الفقرة الثانية وإدخال تعديلات لفظية في الفقرة الأولى ، فأصبح النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٢ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧١ - ص ١٧٢) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨١٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٦٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

وهو إذا وضع لائحة ، فإنه يتقيد بها ولا يستطيع أن ينحرف عنها . لذلك أوجب المشرع أن تكون هذه اللائحة « بموافقة جميع الأعضاء » ، فلا يجوز تعديلها إذن إلا بموافقة جميع الأعضاء أيضاً . وهذا يكفل استقرار العمل في الاتحاد ، ويجعل سير الإدارة موطداً منتظماً على هدى من قواعد مقررة ونظام موضوع . ولو جعلت الأغلبية تكفي في هذه اللائحة ، لاختلطت القرارات التنظيمية بالقرارات الفردية ، ولكفت الأغلبية في اتخاذ القرارات الفردية وفي تعديل اللائحة نفسها . ولترتب على ذلك أنه يمكن تعديل اللائحة بنفس الأغلبية التي يمكن بها اتخاذ القرارات الفردية ، فلا تصبح اللائحة قيمة في استقرار الإدارة . إذ يكفي عند ذلك ، إذا بدا للأغلبية اتخاذ قرار فردي مخالف لللائحة التنظيمية . أن تبدأ هذه الأغلبية بتعديل اللائحة ، ثم تتخذ القرار الفردي الذي تريده بعد هذا التعديل .

وقد يعترض على ذلك بأنه في إدارة المال الشائع العادي ، تكفي الأغلبية لوضع نظام للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع (م ٢/٨٢٨ مدني) ، فكيف يطلب الإجماع في وضع لائحة لإدارة الأجزاء الشائعة للبناء ذي الطبقات المتعددة (١) ؟ ولكن يلاحظ أن الاختصار على مجرد الأغلبية في وضع لائحة لإدارة الشيوخ العادي ، إنما روعي فيه أن المقصود بالإدارة هي الإدارة المعتادة دون الإدارة غير المعتادة . أما اللائحة التي توضع لإدارة الأجزاء الشائعة للبناء متعدد الطبقات ، فإنها تتناول الإدارة المعتادة والإدارة غير المعتادة على السواء . ولما كانت القرارات الفردية في إدارة الأجزاء الشائعة إدارة غير معتادة يكفي فيها مجرد الأغلبية كما سئرى ، فقد وجد المشرع من الأحوط أن يشترط الإجماع في اللائحة المستقرة الدائمة للإدارة المعتادة والإدارة غير المعتادة ، حتى لا يتيسر تعديل هذه اللائحة في أي وقت تريده الأغلبية كما سبق القول .

وإذا وضع الاتحاد لائحة تنظيمية لأعماله على الوجه الذي بيناه ، فإن هذه اللائحة تسرى على جميع ملاك الطبقات والشقق وهم أعضاء الاتحاد ، وتسرى بطبيعة الحال على ورثتهم من بعدهم . فإذا مات أحد الملاك ، حلت ورثته

(١) انظر إسماعيل غانم فقرة ١٥٦ ص ٣٦٢ هامش ٢ .

محله وأصبحوا أعضاء في الاتحاد مكانه ، وسرت عليهم اللائحة التنظيمية التي وافق عليها مورثهم . كذلك تسرى اللائحة التنظيمية على الخلف الخاص للمالك ، فإذا باع المالك طبقته أو شقته حل المشتري محله في عضوية الاتحاد وفي التقيد باللائحة التنظيمية . وقد كان هناك نص صريح في هذا المعنى في المشروع التمهيدى لنص المادة ٨٦٣ مدنى (١) . ولكن لجنة المراجعة حذفته دون أن تبين سبب الحذف . والغالب أن يكون السبب هو عدم الحاجة إلى النص ، ففي القانون المصرى تسرى عقود السلف في حق الخلف الخاص متى كانت الحقوق والالتزامات الناشئة من العقد تعتبر من مستلزمات الشيء الذى انتقل إلى الخلف الخاص (م ١٤٦ مدنى) . على أن هناك نصا صريحا فيما يتعلق باللائحة التي توضع لإدارة الشيوع العادى يمكن أن يقاس عليه هنا ، فقد نصت المادة ٢/٨٢٨ مدنى على أن النظام الذى يوضع « يسرى حتى على خلفاء الشركاء جميعا ، سواء أكان الخلف عاما أم كان خاصا » (٢) .

٦٣١ - الإدارة باتخاذ قرارات فردية ودوره وضع نظام عام للإدارة -

نص قانونى : تنص المادة ٨٦٤ مدنى على ما يأتى :

« إذا لم يوجد نظام للإدارة ، أو إذا خلا النظام من النص على بعض الأمور ، تكون إدارة الأجزاء المشتركة من حق الاتحاد ، وتكون قراراته فى ذلك ملزمة ، بشرط أن يدعى جميع ذوى الشأن بكتاب موصى عليه إلى الاجتماع ، وأن تصدر القرارات من أغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصبة » (٣) .

(١) انظر آنفا نفس الفقرة ص ١٠٢٩ هامش ٢ .

(٢) ولكن يجب على كل حال ، لسريان اللائحة فى حق الخلف الخاص ، أن يكون هذا حالها وقت انتقال ملكية الطبقة أو الشقة إليه من سلفه (م ١٤٦ مدنى) .

وانظر إسماعيل غانم فقرة ١٥٦ (ويقول فى خصوص تسجيل اللائحة : « ولا يشترط تسجيل اللائحة إذا كانت قاصرة على مجرد تنظيم الانتفاع والإدارة ، وعلى العكس يكون التسجيل واجبا إذا كانت لللائحة تمس نطاق الملكية ذاتها ، بأن حددت الأجزاء المشتركة والأجزاء المفردة تحديدا يختلف عن التحديد الذى اتبعه المشرع فى المادة ٨٥٦ » : انظر فقرة ١٥٦ ص ٣٦٣) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٣٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، مع بعض خلافاً لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة -

ويؤخذ من هذا النص أنه إذا لم يضع الاتحاد لائحة تنظيمية يسير عليها في إدارته للأجزاء الشائعة ، أو إذا نخلت اللائحة التنظيمية الموضوعة من نص في المسألة التي يبحث الاتحاد فيها ، فإن سبيل الاتحاد في القيام بمهمته من الإدارة هو اتخاذ قرارات فردية في كل مسألة من المسائل التي تعرض له على حدة .

ويستوى في ذلك أن تكون المسألة متعلقة بالإدارة المعتادة ، أو متعلقة بالإدارة غير المعتادة . ففي الحالتين يتخذ الاتحاد قرارات فردية بأغلبية عادية ، أى بأغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصباء . وتكون هذه القرارات الفردية مازمة لجميع الملاك ، من وافق منهم عليها ومن لم يوافق . وهذه هي المزية الكبرى من قيام الاتحاد ، فهو بأغلبية عادية يستطيع أن يدير الأجزاء الشائعة لإدارة معتادة وهو ما تستطيعه أغلبية الملاك في الشيوخ العادى ، بل ويديرها إدارة غير معتادة وهو ما لا يستطيعه أغلبية الملاك في الشيوخ العادى . ويشترط لصحة هذه القرارات الفردية أمران : (١) أن يدعى جميع ملاك الطبقات والشقق إلى الاجتماع الذى يعقده الاتحاد ، وذلك عن طريق كتاب موصى عليه يرسل من مأمور الاتحاد عادة أو ممن يقوم مقامه ، فلا يكفى الكتاب العادى ، ومن باب أولى لا تكفى الدعوة الشفوية . (٢) أن يصدر القرار بأغلبية جميع الملاك (بحسب قيمة الأنصباء) ، من حضر منهم ومن لم يحضر ، ولا تكفى أغلبية الحاضرين (١) .

— تحت رقم ٩٣٥ في المشروع النهائى ، بعد إدخال بعض تعديلات افغلية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٣ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧٢ — ص ١٧٤) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدنى السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السوري م ٨١٩ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٦٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(١) وليس من الضرورى أن يكون هناك جدول أعمال للجلسة ، وإذا وجد جدول أعمال فليس من الضرورى التقيد به . ومتى صدر قرار بالأغلبية المطلوبة ، فإنه لا يجوز لأحد الأعضاء أن يظن في هذا القرار ، إلا إذا كان القرار قد خرج من حدود اختصاص الاتحاد ، أو شابه تصف في استعمال الحق (إسماعيل غانم فقرة ١٥٧ ص ٣٦٤) .

٦٣٢ - التأمين على البناء وإجراء أعمال تترتب عليها زيادة قيمة -

نص قانوني : تنص المادة ٨٦٥ مدني على ما يأتي :

« للاتحاد ، بأغلبية الأصوات المنصوص عليها في المادة السابقة ، أن يفرض أي تأمين مشترك من الأخطار التي تهدد العقار أو الشركاء في جملتهم . وله أن يأذن في إجراء أية أعمال أو تركيبات مما يترتب عليها زيادة في قيمة العقار كله أو بعضه ، وذلك على نفقة من يطلب من الملاك ، وبما يضعه الاتحاد من شروط ، وما يفرضه من تعويضات والتزامات أخرى لمصلحة الشركاء» (١)

وهنا ننتقل إلى مثلين من أعمال الإدارة ، أحدهما من أعمال الإدارة العادية وهو التأمين على البناء ، والآخر من أعمال الإدارة غير العادية وهو إجراء أعمال تترتب عليها زيادة قيمة البناء . والعمال يدخلان في اختصاص الاتحاد على السواء ، يقرر في شأنهما ما يراه بالأغلبية العادية محسوبة على أساس قيمة الأنصبة ، العادي من العاملين وغير العادي .

فيستطيع الاتحاد أن يقرر تأمين البناء - الأجزاء المفروزة والأجزاء الشائعة - من خطر الحريق ومن أي خطر آخر كذلك يستطيع أن يؤمن من خطر الحوادث التي تنجم عن المصعد ، سواء كان تأميناً من المسؤولية أو تأميناً من الأضرار . ويفرض في سبيل ذلك أن يتحمل الأعضاء أقساط التأمين ، كل بنسبة قيمة ما يملك . والاتحاد يعقد التأمين لمصلحة الأعضاء ، فكل عضو

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٣٤ من المشروع اتهميد على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، مع بعض خلافاً لفظية . وقد وافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٣٦ في المشروع النهائي ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٤ ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧٤ - ص ١٧٦) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخر :

التقنين المدني السوري م ٨٢٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٦٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقارية اللبناني لا مقابل .

يكون مستفيداً من هذا التأمين بقدر حصته ، وهو الذى يستحق مبلغ التأمين إذا تحقق الخطر المؤمن منه .

ويستطيع الاتحاد كذلك أن يقرر القيام بأعمال أو تعديلات في البناء كله أو بعضه ، في الطبقات المفرزة أو في الأجزاء الشائعة بما يترتب عليه زيادة في قيمة البناء كله أو بعضه . ويقرر ذلك بالأغلبية العادية محسوبة على أساس قيمة الأنصبة ، كما سبق القول . وإذا كان النص لم يذكر ذلك صراحة ، بل اقتصر على القول بأن الاتحاد يأذن لأحد الأعضاء في القيام بهذه الأعمال على نفقته ، فإن هذا لا يعنى أن الاتحاد عاجز عن أن يقرر القيام بهذه الأعمال على نفقة جميع الأعضاء ، مادامت أعمالاً من شأنها أن تزيد في قيمة البناء . فيستطيع مثلاً أن يقرر بناء طبقة جديدة إذا كانت الطبقات القائمة غير كافية لاستغلال الأرض الواسعة التي أقيم عليها البناء . ويقرر ، في سبيل بناء طبقة جديدة ، أن يقرض وأن يرهن البناء ضماناً للقرض . وتعتبر الطبقة الجديدة ملكاً شائعاً لجميع ملاك الطبقات ، يديرها الاتحاد ويستغلها ، ويسدد من غلتها القرض ، ثم يقسم الغلة على الأعضاء كل بنسبة حصته في الطبقة الجديدة^(١) . وله كذلك أن يقرر ، في مناسبة بناء طبقة جديدة ، أن يقيم مصعداً في البناء ، على النحو الذى قدمناه في إنشاء الطبقة الجديدة .

فإذا لم تتوافر الأغلبية اللازمة للقيام بهذه الأعمال الجديدة التي تترتب عليها زيادة قيمة البناء ، وأراد أحد الملاك أن يقوم بها هو على نفقته ، جاز للاتحاد بنفس الأغلبية أن يأذن لهذا المالك في القيام بالعمل على نفقته الخاصة ، ويضع الاتحاد لذلك الشروط اللازمة للتثبت من سلامة العمل ومن زيادته في قيمة البناء . وقد يفرض تعويضات أو التزامات أخرى لمصلحة بقية الملاك في ذمة المالك الذى ينفرد بالعمل ، إذا كان من شأن هذا العمل مثلاً أن يحرمهم

(١) وقد يقرر الاتحاد أن يبيع هذه الطبقة الجديدة مفرزة لمالك جديد ينخرط في ملك ملاك طبقات البناء ، ويصبح عضواً في الاتحاد . بل قد يقرر الاتحاد منذ البداية أن يعهد إلى شخص - أجنبى أو من بين الملاك أنفسهم - ببناء الطبقة الجديدة على أن يتسلكها هذا الشخص مفرزة ويصبح عضواً في الاتحاد إن لم يكن عضواً فيه من قبل ، وذلك بشروط يتفق عليها مع الاتحاد وتكون في مصلحة الملاك جميعاً .

بعض الوقت من الانتفاع ببعض الأجزاء الشائعة في البناء^(١)

٦٣٣ - منح قروض الأعضاء - نص قانوني : تنص المادة ٨٦٩ مدني على ما يأتي :

« ١ - كل قرض يمنحه الاتحاد لأحد الشركاء، لتمكينه من القيام بالتزاماته، يكون مضمونا بامتياز على الجزء المقرض الذي يملكه وعلى حصته الشائعة في الأجزاء المشتركة من العقار » .

« ٢ - وتحسب مرتبة هذا الامتياز من يوم قيده »^(٢) .

والمفروض هنا أن الاتحاد منح قرضا لأحد الشركاء لتمكينه من القيام بالتزاماته . والمفروض كذلك أن هذا القرض قد منحه الاتحاد من ماله الخاص لهذا الشريك . فلا بد إذن من افتراض أن للاتحاد مالا خاصا ، وقد رأينا أنه يجوز أن يكون له هذا المال ، إما من اشتراكات يجمعها من الأعضاء ، أو من صفقة رابحة يحصل عليها في أثناء قيامه بمهمته ، أو من قروض يعقدها ، أو من كل هذا جميعا أو من غير هذا من السبل .

والاتحاد يقرض العضو بقرار يصدر بالأغلبية العادية محسوبة على أساس قيمة الأنصبة ، مادام المال الذي يقرضه للعضو هو ماله الخاص^(٣) . وأهم

(١) انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ١٥٨ ص ٣٦٥ وهامش ٢ .

(٢) تاء يخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٣٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، مع بعض خلافاً لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٤٠ في المشروع النهائي ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٢ - ص ١٨٤) . ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٢٤ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٧٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(٣) قارن إسماعيل غانم فقرة ١٦١ - منه ر مصنف منه ر فقرة ١٠٤ ص ٣٦٢ -

سبب يدفع الاتحاد إلى إقراض العضو هو تمكن هذا العضو من القيام بالتزاماته ، كأن يمكنه من المساهمة بحصته من التكاليف التي يلتزم بها الأعضاء ، أو كأن يمكنه من المساهمة بنصيبه في أعمال يقوم بها الاتحاد وتترتب عليها زيادة قيمة البناء ، أو كأن يمكنه من المساهمة بنصيبه في تكاليف تجديد البناء بعد هلاكه كله أو بعضه .

ففي جميع هذه الأحوال يكون الاتحاد قد أقرض العضو مالا لتمكينه من القيام بالتزاماته . وقد أراد القانون تشجيع الاتحاد على إقراض العضو مالا لهذا الغرض حتى ييسر للعضو القيام بالتزاماته ، فكفل للاتحاد أن يسترد هذا القرض من العضو بأن جعل القرض مضمونا بحق امتياز على الطبقة أو الشقة التي يملكها العضو المقرض وعلى ما يتبع هذه الطبقة أو الشقة من حصة شائعة للعضو في الأجزاء المشتركة للبناء . ولما كان حق الامتياز هذا هو حق امتياز خاص على عقار ، فإنه يجب قيده ، وتحسب مرتبته من يوم هذا القيد .

أما إذا كان القرض ليس الغرض منه تمكين العضو من القيام بالتزاماته ، فإن القانون لا يجعله مضمونا بحق امتياز ، وذلك حتى يتردد الاتحاد طويلا قبل أن يقدم على إقراض العضو مالا لسبب لا يمت إلى قيام العضو بالتزاماته . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « أما إذا أعطى القرض لغرض آخر ، فلا يكون ممتازا » (١) .

وقد استقى المشرع المصري المادة ٨٦٩ مدني ساافة الذكر من المادة ١١ من القانون الفرنسي الصادر في ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٨ . ونص المادة ١١ من القانون الفرنسي يقرر لصالح الاتحاد حق امتياز ضد العضو الذي لا يفي بنصيبه في تكاليف الأجزاء المشتركة ، فإذا دفع الاتحاد لحساب أحد الملاك نصيبه في هذه التكاليف ، فإن حق الاتحاد في الرجوع على هذا العضو يكون مضمونا بحق امتياز على طبقة هذا المالك أو شقته وعلى حصته في الأجزاء المشتركة . ومن ذلك نرى أن نص المادة ٨٦٩ مدني مصري أوسع مدى من نص المادة ١١ من القانون الفرنسي (٢)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٤ .

(٢) وعلى ذلك ينتقد بعض الفقهاء في مصر نص المادة ٨٦٩ مدني مصري فيما تضمنته من

٦٣٤ - تجديد البناء بعد هلاكه - نص قانوني : تنص المادة ٨٦٨ مدني على ما يأتي :

« ١ - إذا هلك البناء بحريق أو بسبب آخر ، فعلى الشركاء أن يلتزموا من حيث تجديده ما يقرره الاتحاد بالأغلبية المنصوص عليها في المادة ٨٦٤ ، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك » .

« ٢ - فإذا قرر الاتحاد تجديد البناء ، خصص ما قد يستحق من تعويض بسبب هلاك العقار لأعمال التجديد ، دون إخلال بحقوق أصحاب الديون المقيدة » (١) .

ويؤخذ من هذا النص أنه في حالة هلاك البناء هلاكاً كلياً أو جزئياً ، يكون للاتحاد رأى ملزم فيما يتعلق بإعادة بنائه . والبناء يهلك غالباً بسبب الحريق ، وقد يهلك بسبب آخر كغارة جوية أو زلزال أو اختلال في أساسه أو قصفه بالمدافع في أثناء الحرب أو نزع ملكيته للمنفعة العامة ، أو بغير ذلك من الأسباب .

فإذا هلك البناء ، قرر الاتحاد ، بأغلبية الأعضاء محسوبة على أساس قيمة الأنصباء أي بالأغلبية العادية ، ما إذا كان يجدد أو لا يجدد ، وذلك ما لم يوجد

- توسع (السيد علي المغاز) فقرة ٣٤ ص ٦٧ و فقرة ٦٨ ص ١١٩ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ١٨٢ - إسماعيل غانم فقرة ١٦١ ص ٣٦٩ هامش (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٣٧ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض خلافاً لفظية . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٣٩ في المشروع النهائي ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٧ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٠ - ص ١٨٢) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٢٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٧٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

اتفاق سابق بين الأعضاء على التجديد أو عدم التجديد أو كانت هناك لائحة تنظيمية تقرر ما يتبع في هذه الحالة .

فإذا قرر الاتحاد عدم التجديد ، أخذ كل مالك حقه فيما عسى أن يكون قد ترتب على الهلاك من تعويض أو مبلغ تأمين أو مقابل لنزع الملكية أو مساعدة تقدمها الدولة في حالة الكوارث العامة ، وانحل الاتحاد تبعا لذلك إذ لم يعد هناك مسوغ لبقائه .

وإذا قرر الاتحاد تجديد البناء ، التزم الأعضاء بالتجديد . وقام الاتحاد بأعمال التجديد نيابة عن الأعضاء ، وخصص لذلك ما قد ترتب على الهلاك من تعويض أو مبلغ تأمين أو مقابل لنزع الملكية أو مساعدة تقدمها الدولة ، على أن يكمل الأعضاء من أموالهم الخاصة ما عسى أن ينقص ، كل بنسبة حصته . وإذا كانت هناك حقوق مقيدة على بعض الطبقات أو الشقق ، كرهن رسمي أو رهن حيازة أو حق اختصاص أو حق امتياز ، استوفى الدائنون أولا حقوقهم مما آت لأصحاب هذه الطبقات أو الشقق نتيجة هلاك البناء ، وعلى هؤلاء إكمال نصيبهم في تكاليف تجديد البناء من أموالهم الخاصة . وإذا عجز أحد الملاك عن دفع نصيبه في تكاليف تجديد البناء ، لأن ما أصابه من المال الذي تبقى لا يفي بهذا النصيب أو لأنه قد استغرق في وفاء الديون أو لأي سبب آخر ولم يكن عنده مال خاص لمواجهة التزاماته ، نظر الاتحاد في الأمر . فن الجائر أن يقرضه ما يستعين به على الوفاء بالالتزام ويكون للاتحاد حق امتياز يكفل ما أقرضه إياه على النحو الذي قدمناه (١) . ومن الجائر أن يقنعه ببيع حقه في البناء لشخص آخر من بين الملاك أنفسهم أو من غيرهم ويحل هذا الشخص الآخر محله في البناء الجديد . فإذا لم يوجد حل لهذا الأمر ، تخاف من عجز عن مواجهة تكاليف تجديد البناء بعد أخذ ما عسى أن يكون قد تبقى له من حق إذا رأى الاتحاد إعفائه من الالتزام بالمساهمة في تجديد البناء ، وجدد البناء لحساب من بقي من الملاك دونه (٢)

(١) انظر آتفا فقرة ٦٣٣

(٢) انظر محمد علي عرفة فقرة ٣٦٩ : ويذهب إلى جوه إيجاب الشريك المتخلف قضاء على المساهمة في تجديد البناء أو بيع طبقته عليه ، كما هو الأمر في شأن صاحب السفلى طبقا لما هو مقرر في المادة ٨٦٠ مدني .

وانظر في التعليق على هذا الرأي إسماعيل غانم فقرة ١٥٩ ص ٣٦٧ .

والبناء المحدد يكون ملكا لأصحابه على النحو الذى كان عليه البناء القديم ، يملك كل منهم طبقته أو شقته مع حصته الشائعة فى الأجزاء المشتركة . وما لم يتفق الملاك على شىء آخر ، يبقى الاتحاد قائما لإدارة البناء الجديد ، طبقا للقواعد المقررة فى هذا الشأن .

هذا وقد يحتاج البناء إلى تجديد لا لأنه قد هلك ، بل لأنه قد بلى وأصبح فى حاجة إلى أن يحدد . وفى هذه الحالة يكون قرار الاتحاد بتجديد البناء من أعمال الإدارة غير المعتادة ، ويصدر القرار بالأغلبية العادية ، وينفذ على الوجه الذى يسطناه فى حالة هلاك البناء .

§ ٢ - مأمور اتحاد الملاك

٦٣٥ - نصوص قانونية : تنص المادة ٨٦٦ مدنى على ما يأتى :

١ - يكون للاتحاد مأمور يتولى تنفيذ قراراته ، ويعين بالأغلبية المشار إليها فى المادة ٨٦٤ ، فإن لم تتحقق الأغلبية حين بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار بناء على طلب أحد الشركاء بعد إعلان الملاك الآخرين لسماع أقوالهم . وعلى المأمور إذا اقتضى الحال أن يقوم من تلقاء نفسه بما يلزم لحفظ جميع الأجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها ، وله أن يطالب كل ذى شأن بتنفيذ هذه الالتزامات . كل هذا ما لم يوجد فى نظام الاتحاد ما يخالفه .

٢ - ويمثل المأمور الاتحاد أمام القضاء ، حتى فى مناصمة الملاك إذا اقتضى الأمر .

وتنص المادة ٨٦٧ مدنى على ما يأتى :

١ - أجر المأمور يحدده القرار أو الأمر الصادر بتعيينه .
٢ - ويجوز عزله بقرار تتوافر فيه الأغلبية المشار إليها فى المادة ٨٦٤ : أو بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار بعد إعلان الشركاء لسماع أقوالهم فى هذا العزل (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٨٦٦ : ورد هذا النص فى المادة ١٢٣٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر =

ولا مقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق .
وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٨٢١ - ٨٢٢ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٧٠ - ٨٧١ - وفي التقنين المدني العراقي لا مقابل - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (١) .

٦٣٦ - تعيين مأمور باتحاد الملاك : ولما كان اتحاد الملاك مكونا من ملاك متعددين ، لذلك كان الاتحاد في حاجة إلى شخص واحد لتنفيذ قراراته ، وهذا الشخص يسمى مأمور اتحاد الملاك . وهو في الغالب شخص من بين الملاك أعضاء الاتحاد ، ولكن القانون لم يحتم ذلك فيصح أن يكون أجنبيا . ويعينه الاتحاد بالأغلبية العادية ، أي بأغلبية الأعضاء محسوبة على أساس قيمة الأنصبة . فإذا لم يظفر أحد بهذه الأغلبية ، جاز لأي عضو في الاتحاد أن يقدم عريضة إلى رئيس المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها البناء ، يطلب فيها تعيين مأمور للاتحاد ، ويعلن الملاك الآخرين للحضور أمام رئيس المحكمة المشار إليه ليأخذ رأيهم فردا فردا فيمن يرون اختياره . ويصدر رئيس المحكمة أمرا على

عليه في التقنين المدني الجديد، فيما عدا بعض خلافاً لفظية . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٣٧ في المشروع التمهيد ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٥ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧٦ - ص ١٧٨) .

م ٨٦٧ : ورد هذا النص في المادة ١٢٣٦ من المشروع التمهيد على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض خلافاً لفظية . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٣٨ في المشروع التمهيد ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٦ ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية أخرى . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٧ ، بعد الاستعاضة عن عبارة « بأمر من القاضي » في الفقرة الثانية بعبارة « بأمر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧٨ - ص ١٨٠) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٢١ - ٨٢٢ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٧٠ - ٨٧١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

العريضة المشار إليها بتعيين الشخص الذى يكون مأمورا للاتحاد ، ويغلب أن يكون هذا الشخص هو كما قدمنا من بين الملاك أنفسهم .

٦٣٧ — اختصاصات مأمور الاتحاد : ومأمور الاتحاد ، كما هو واضح من نص المادة ٨٦٦ مدنى سالفه الذكر ، هو الأداة التنفيذية للجمعية العامة للاتحاد . وهذه الصفة يتولى الاختصاصات الآتية :

١ — يقوم بتنفيذ قرارات الاتحاد ، ويكون مسئولا عن هذا التنفيذ أمام الجمعية العامة للاتحاد .

٢ — يطالب كل مالك بتنفيذ التزاماته . سواء كانت هذه الالتزامات مصدرها القانون ، أو مصدرها اللائحة التنظيمية للاتحاد ، أو مصدرها قرارات فردية اتخذها الاتحاد في جمعيته العامة . ويؤدى حسابا عن ذلك للاتحاد .

٣ — يقوم من تلقاء نفسه بما يلزم لحفظ جميع الأجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها . والأصل أن أعمال الحفظ والصيانة والحراسة للأجزاء المشتركة للبناء ، وإدارة هذه الأجزاء المشتركة بوجه عام ، هى من صميم عمل الاتحاد يتولاها بقرارات يتخذها ، ويقوم المأمور بتنفيذ هذه القرارات كما سبق القول . ولكن هناك من هذه الأعمال ما يكون عاجلا لا بد من القيام به فورا ، فيجب على المأمور القيام به دون انتظار قرار من الاتحاد ، ويعرض الأمر بعد ذلك على أقرب جلسة للجمعية العامة . وهناك أيضاً من هذه الأعمال ما هو محدود الأهمية لا يستدعى عقد جلسة لاتخاذ قرارات في شأنه . فيقوم المأمور بهذه الأعمال على مسئوليته ، ويعرض الأمر بعد ذلك على الجمعية العامة للاتحاد في أقرب جلسة يعقدها .

٤ — يمثل المأمور الاتحاد أمام القضاء ، ويرفع الدعاوى باسم الاتحاد ، وترفع عليه باسم الاتحاد الدعاوى ، وهو فى كل ذلك يمثل الاتحاد بحكم القانون . فهو ليس إذن فى حاجة إلى توكيل خاص ، وليس ضروريا أن يذكر أسماء الملاك فى صحيفة الدعوى . ولما كان الاتحاد شخصا معنويا مستقلا عن أشخاص أعضائه كما سبق القول ، فقد يقاضى الاتحاد أحد الأعضاء مطالباً إياه بتنفيذ لالتزاماته ، أو يقاضى أحد الأعضاء الاتحاد طاعناً فى قراراته . وفى جميع هذه الأحوال يمثل المأمور الاتحاد فى مقاضاته للأعضاء وفى مقاضاة الأعضاء له .

٦٣٨ - أجرة المأمور وطريقة عزله : وقد تكفلت المادة ٨٦٧ مدني
سابقة الذكر ببيان أمرين :

(الأمر الأول) تحديد أجر للمأمور . ويقوم بتحديد هذا الأجر اتحاد الملاك نفسه إذا كان هو الذي اختار المأمور ، أو يقوم بتحديد رئيس المحكمة الابتدائية إذا كان هو الذي تولى تعيينه . ويمكن إعادة النظر في الأجر من الجهة التي حددته ، بالنقص أو بالزيادة ، بحسب الأحوال . ويدخل الأجر ضمن التكاليف التي تنفق على الأجزاء المشتركة للبناء ، فتضاف إليها ، وتقسّم بين الأعضاء كل بنسبة حصته كما سبق القول^(١). ويصح أن يتبرع المأمور بعمله فلا يطلب أجراً عليه ، وبخاصة إذا كان واحداً من الملاك . وله الرجوع في تبرعه وطلب تحديد أجر له ، إذا رأى أن الأعمال الموكولة إليه تستغرق من وقته ومن جهده ما يستحق عليه أجراً .

(الأمر الثاني) عزل المأمور . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٨٦٧ مدني ، كما رأينا^(٢) ، إنه يجوز عزل المأمور « بقرار تتوافر فيه الأغلبية المشار إليها في المادة ٨٦٤ ، أو بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار بعد إعلان الشركاء لسماع أقوالهم في هذا العزل » . والعزل يكون إما لإخلال المأمور بالتزاماته إخلالاً واضحاً ، أو لعدم صلاحيته لما وكل إليه من العمل ، أو لصيرورته عاجزاً عن القيام بها ، أو لغير ذلك من الأسباب الجدية . وكما يجوز عزل المأمور ، يجوز كذلك أن يتنحى هو نفسه عن القيام بالوكالة المعهودة إليه ، شأنه في ذلك شأن أي وكيل .

وليس من الضروري أن تكون الجهة التي قامت بتعيينه هي التي تقوم بعزله ، فقد يختاره الاتحاد ويعزله رئيس المحكمة ، أو بالعكس يعينه رئيس المحكمة ويعزله الاتحاد بالأغلبية المعتادة . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ويجوز عزل السنديك (المأمور) بالأغلبية أو بأمر للقاضي ، أيا كانت طريقة تعيينه »^(٣)

(١) انظر آتفا فقرة ٦٢٦ .

(٢) انظر آتفا فقرة ٦٣٥ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٣ .

وإذا عزل المأمور أو تنحى ، يختار أو يعين مأمور غيره ، بالطريقة التى سبق بيانها .

الفرع الثالث

ملكية الأسرة

٦٣٩ - الفرع من نظام ملكية الأسرة : استقى المشروع المصرى نظام ملكية الأسرة من التقنين المدنى السويسرى ومن المشروع الإيطالى الذى أصبح بعد ذلك التقنين المدنى الإيطالى ، ولكنه تأثر قبل كل شىء بالبيئة المصرية ذاتها . ذلك أن ملكية الأسرة فى مصر قائمة فعلا ، قبل أن توجد قانونا . وكثير من الأسر ، وبخاصة فى الريف ، تستبقى أموالها ، لاسيما إذا أتى عن طريق الميراث ، شائعا بين أفراد الأسرة ، يديره عميد الأسرة ويقدم حسابا عن إدارته لشركائه فى الشيوخ . والعرف هو وحده الذى كان يتمحكم فى النظام الذى تخضع له ملكية الأسرة على هذا الوجه ، وقل أن يلجأ أحد من أفراد الأسرة إلى طلب القسمة والاستغلال بنصيبه فى المال مفرزا . ولم تكن هذه التقاليد المستقرة فى الريف تخلو من العيوب ، بل لم تكن تخلو فى بعض الأحيان من تحكم عميد الأسرة يدير أموالها على الوجه الذى يريده ، ويقدم حسابا أو لا يقدم . فأراد المشرع تنظيم هذا الضرب من الشيوخ الإجبارى القائم على الاتفاق الضمنى ، فهدب من القواعد التى تسرى عليه وبسط رقابة كافية على إدارة الأموال ، وأفسح مجال الخروج منه لمن أراد من الشركاء (١) .

وإذا كانت ملكية الأسرة ضربا من الشيوخ الإجبارى ، فهى كما سنرى شيوخ يفرضه الاتفاق لا القانون ، وهى كذلك شيوخ موقت لا شيوخ دائم .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « تعرض المواد ... للملكية الأسرة ، وهى ملكية استحدثها المشروع عن التقنين السويسرى والمشروع الإيطالى . على أن ملكية الأسرة فى مصر قائمة بالفعل ، فإن كثيرا من الأسرات يبق فى الشيوخ بعد موت المورث ، ولا ينقص هذه الملكية إلا التنظيم . وهذا ما فعله المشروع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٢) .

ونبحث في ملكية الأسرة أركانها ، ثم أحكامها :

المبحث الأول

أركان ملكية الأسرة

٦٤٠ — **نصوص قانونية :** تنص المادة ٨٥١ مدني على ما يأتي :

« لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية للأسرة ، وتتكون هذه الملكية إما من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكا للأسرة ، وإما من أى مال آخر مملوك لهم اتفقوا على إدخاله في هذه الملكية . »

وتنص المادة ٨٥٢ مدني على ما يأتي :

١ — يجوز الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة لمدة لا تزيد على خمس عشرة سنة ، على أنه يجوز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الإذن في إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه إذا وجد مبرر قوى لذلك . »

٢ — وإذا لم يكن للملكية المذكورة أجل معين ، كان لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن إلى الشركاء رغبته في إخراج نصيبه (١) .

(١) تاريخ النصوص :

٨٥١ م : ورد هذا النص في المادة ١٢٢٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المساجعة تحت رقم ٩٢٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٢٠ . وفي لجنة مجلس الشيوخ رأى رئيس اللجنة إطلاق الأحكام الخاصة بإنشاء ملكية الأسرة وعدم تقييد إنشائها بوحدة العمل أو المصلحة بين أعضاء الأسرة الواحدة ، وكذلك رأى عدم تحديد أعضاء الأسرة بدرجة معينة لأنه من الجائز أن الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة من أعضاء الأسرة الواحدة ليسوا من الأقربين . فأجيب بأن « المفروض ألا تنشأ الملكية المشتركة إلا بعد أن تجمع أفراد الأسرة الواحدة وحدة العمل أو المصلحة . وهذه الوحدة هي التي تحدد أعضاء الأسرة الواحدة ، وغالباً ما يكون هؤلاء من الورثة » . ووافقت اللجنة على النص تحت رقم ٨٥١ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤٣ - ص ١٤٤) .

وليس لهذه النصوص مقابل في التقنين المدني السابق ، الذي لم يكن يعرف ملكية الأسرة .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٨٠٦ - ٨٠٧ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٥٥ - ٨٥٦ - وفي التقنين المدني العراقي لا مقابل - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (١) .

٦٤١ - أركان أربعة : ويستخلص من النصوص سالفة الذكر أن الملكية الأسرة أركاناً أربعة هي : (١) اتفاق مكتوب . (٢) ما بين أعضاء أسرة واحدة . (٣) على أموال مملوكة لهم فتكون ملكاً للأسرة . (٤) ولمدة لا تزيد على خمس عشرة سنة .

٦٤٢ - الركن الأول - اتفاق مكتوب : يجب أن يتفق أعضاء الأسرة الواحدة فيما بينهم على إنشاء ملكية الأسرة اتفاقاً مكتوباً ، كما تصرح بذلك المادة ٨٥١ مدني فيما قدمنا (٢) . والكتابة هنا للانعقاد لا للإثبات ، فالأ اتفاق غير المكتوب يكون باطلاً ، ولو أقر به المتعاقدون أو وجهت فيه اليمين ، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ويجب أن

= م ٨٥٢ : ورد هذا النص في المادة ١٢٢٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا عبارة وردت في المشروع التمهيدى في آخر الفقرة الثانية وهي ما يأتي : « ما لم يقض العرف في الملكية الزراعية بنير ذلك » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٢٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه لمس النواب تحت رقم ٩٢١ . ثم وافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٥٢ ، وذلك بعد حذف العبارة التي كانت واردة في آخر الفقرة الثانية « لأن نظام ملكية الأسرة نظام جديد ولا عرف فيه » . ووافق عليه مجلس الشيوخ بالتعديل الذي قرره بلجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤٥ - ص ١٤٦) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٠٦ - ٨٠٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٥٥ - ٨٥٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(٢) انظر ألفا فقرة ٦٤٠ .

يكون الاتفاق كتابيا ، والكتابة هنا شرط للانعقاد لا لمجرد الإثبات «(١)». والسبب في ذلك أن ملكية الأسرة تدوم عادة مدة طويلة ، قد تصل إلى خمسة عشر عاما ، فوجب أن يكون الاتفاق عليها مكتوبا حتى يرجع إليه عند الحاجة طوال هذه المدة . ولكن من جهة أخرى لا يشترط أن تكون الكتابة رسمية ، فالكتابة العرفية تكفي .

والاتفاق هو تراض على إنشاء ملكية الأسرة ، ويشترط فيه بهذا الوصف توافر الأهلية في أعضاء الأسرة المتعاقدين . والأهلية هنا أعلى من أهلية الإدارة ، فالذي يضع ماله في ملكية الأسرة لا يقوم بمجرد إدارته إدارة معتادة ، إذ هو يقيد من حريته في التصرف فيه كما سئى ، وفي الوقت ذاته يعطى لمن يدير هذه الماكية سلطات واسعة تتجاوز في كثير من الأحيان حدود الإدارة المعتادة (٢). ومن ثم يجب توافر أهلية التصرف ، ولا بد فيمن يدخل عضوا في ملكية الأسرة أن يكون كامل الأهلية أى بالغاً سن الرشد غير محجور عليه . فإذا كان غير متوافر الأهلية ، وجبت مراعاة الأحكام التي قررها قانون الولاية على المال في شأن التصرف في أموال القاصر . وعلى ذلك إذا كان بين أعضاء الأسرة من هو قاصر أو محجور عليه ، وجب على الوصى أو القيم الحصول على إذن المحكمة لإدخال ماله ضمن ملكية الأسرة .

٦٤٣ - الركن الثاني - أعضاء أسرة واحدة : والأصل أن يكون الشركاء في ملكية الأسرة هم ورثة المتوفى ، إذ يكون مورثهم قد ترك لهم مستغلا زراعيا أو صناعيا أو تجاريا ، ويكون من المصلحة المحافظة على وحدة هذا المستغل بإبقائه في الشيوع وترك أحد الورثة يديره مع إعطائه سلطات واسعة في الإدارة . والورثة يكونون من ذوى القربى ، فيما عدا الزوج والزوجة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٢ .

(٢) هذا إلى أنه لو أدخل عضو الأسرة مالا مفرزا مملوكا له في ملكية الأسرة فأصبح شائعا بين أعضائها ، كان في هذا ضرب من التصرف في المال المفرز يجعله شائعا (انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ١٤٠ ص ٣٢٦ - وانظر في أنه تكني أهلية الإدارة محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٥٦ ص ٢٧٨ - محمد علي عرفة ٣٤٩ ص ٤٦٧) .

فليس من الضروري أن تقوم بينهما قرابة . فالقول بأن أعضاء الأسرة يجب أن يكونوا من ذوى القربى فيه شيء من التضيق ، وينبغي أن تقسم عضوية الأسرة لتشمل الزوج والزوجة . فليس من المتصور أن تقوم ملكية الأسرة ما بين أولاد الأعمام ، ولا تقوم ما بين الزوج والزوجة^(١) . إذن ينبغي تجنب القول بأنه لتحديد من هم أعضاء الأسرة يجب الرجوع إلى المادة ٣٤ مدني وهي تنص على أن « ١ - تتكون أسرة الشخص من ذوى قريبه . ٢ - ويعتبر من ذوى القربى كل من يجمعهم أصل مشترك » . والأولى أن تؤخذ « الأسرة » بالمعنى المألوف في كلام الناس ، فتدخل في أعضاء الأسرة الزوجة والزوج^(٢) ، بل لا مانع من دخول الأصهار إذا كان هناك مقتضى لذلك^(٣) . والضابط للأسرة هنا ليست هي القرابة ، بل هي « وحدة العمل والمصلحة » ، إذ تقول المادة ٨٥١ مدني في صدرها ، كما رأينا^(٤) ، « لأعضاء الأسرة الواحدة الذين يجمعهم وحدة العمل أو المصلحة » . وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية : « فيجب أن يكون الشركاء اذن أعضاء أسرة واحدة ، ولا يشترط أن يكونوا إخوة ، وإنما يشترط أن يجمعهم وحدة مشتركة في العمل أو المصلحة ، كما إذا اتفق أعضاء الأسرة على استغلال مال الأسرة استغلالا معيناً يقتضى وحدة الإدارة ، وكما إذا كان مال الأسرة تركه بحسن بقاؤها كتلة متماسكة حتى يمكن استغلالها على خير الوجوه »^(٥) .

(١) انظر في معنى أن أعضاء الأسرة الواحدة يجب أن يكونوا من ذوى القربى ، فلا تمنع ملكية الأسرة بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر ؛ محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٥٦ ص ٢٧٨ - محمد علي ، فقرة ٣٤٩ ص ٤٦٦ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٧٢ ص ٢٠٦ - حسن كيرة فقرة ١٦٧ ص ٥٧٦ .

(٢) انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ١٤٠ ص ٣٢٣ - ص ٣٢٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ٩٤ ص ٢٣٣ .

(٣) انظر في هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٧٤ - عبد المنعم فزج الصدة فقرة ١٧٧ - وسرى أن الأجنبي قد يدخل في ملكية الأسرة ، ولكن لا يكون ذلك ابتداء ، بل نتيجة لبيع أحد أعضاء الأسرة نصيبه لهذا الأجنبي أو تملك الأجنبي النصيب جبراً على عضو الأسرة ، ثم رضاء الأجنبي وباقي الشركاء دخول الأجنبي شريكاً معهم (م ٢/٨٥٣ مدني) - وانظر ما يلي بفقرة ٦٤٧ .

(٤) انظر آلفا فقرة ٦٤٠ .

(٥) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٢ - ويذهب الأستاذ إسماعيل غانم إلى « أن =

ويستخلص من ذلك أنه يجب فهم « الأسرة » فهما مرنا ، يتكيف بحسبه الظروف . فجميع الورثة ، ولو كان من بينهم الزوج أو الزوجة ، يعتبره كـ أعضاء أسرة واحدة . كذلك لو كان للزوج أو الزوجة أخ مثلاً يشترك معه في مال شائع ، وأراد الأخ إدخال هذا المال الشائع في ملكية الأسرة ، فيجب النظر فيما إذا كانت وحدة العمل أو المصلحة تبرر دخول هذا المال في ملكية الأسرة .

ولكن يجب على كل حال التقيد بمعنى الأسرة ، ولو على النحو الواسع الذي قدمناه . فلا يكفي أن تقوم بين الشركاء في ملكية الأسرة صداقة وثيقة إذا لم يكونوا من أسرة واحدة ، ولو دعمت هذه الصداقة بدعائم قوية من وحدة العمل أو المصلحة .

٦٤٤ — الركن الثالث — أموال مملوكة لأعضاء الأسرة : وتقول العبارة الأخيرة من المادة ٨٥١ مدني : « وتتكون هذه الملكية (ملكية الأسرة) ، إما من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكاً للأسرة ، وإما من أى مال آخر مملوك لهم اتفقوا على إدخاله في هذه الملكية » . وتتكون ملكية الأسرة عادة ، كما قدمنا ، من تركة يستبقها الورثة على الشيوع لتدار إدارة شتركة تتسع فيها سلطات المدير ، سعياً وراء حسن الاستغلال واحتفاظاً بوحدة التركة . فهي ، أكثر ما تكون ، مستغل زراعى أو صناعى أو تجارى كما سبق القول (١) . ولا يوجد ما يمنع من أن يضاف إلى التركة مال آخر شائع أو مال مفرز ، لإدخاله في ملكية الأسرة . بل لا يوجد ما يمنع من أن يتفق أعضاء

— المشرع ، إذ نص في المادة ٨٥١ على وحدة العمل أو المصلحة ، لم يكن يبين شرطاً يترتب على تخلفه بطلان الاتفاق على ملكية الأسرة ، بل كان يريد الإشارة في النص إلى العلة التي من أجلها يقدم أعضاء الأسرة على إبرام هذا الاتفاق » (إسماعيل غانم فقرة ١٤٠ ص ٣٢٤ — ص ٣٢٥) .
و انظر في هذا المعنى أيضاً منصور مصطفي منصور فقرة ٩٤ ص ٢٣٣ .

(١) والمشرع يحرص عادة على استبقاء وحدة هذه المستغلات ، حتى أنه نص في المادة ٩٠٦ مدني على أنه « إذا كان بين أموال التركة مستغل زراعى أو صناعى أو تجارى مما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها ، وجب تخصيصه برمته لمن يطلبه من الورثة إذا كان أقدم هم على الاضطلاع به ... » .
وقد ترى الورثة استبقاء المستغل شائعاً بينهم مع إدخاله في ملكية الأسرة ، على النحو الذى بسطناهُ فيما تقدم .

الأسرة الواحدة ابتداء على تقديم كل منهم لمال مفرز يملكه ، لتكون من هذه الأموال المفترزة ملكية الأسرة الشائعة ، كما يفعل الشركاء عندما يؤسسون شركة ، غير أن الشركة تعتبر شخصا معنويا هو المالك لهذه الأموال ، أما ملكية الأسرة فتبقى مالا مملوكا على الشيوع لأعضاء الأسرة لا مالا مملوكا لشخص معنوى . ويجوز أن تتجمع كل هذه العمليات ، فيبدأ أعضاء الأسرة بتركة شائعة فيما بينهم ، ثم يضيفون إليها ، بعد أن تكون ملكية الأسرة وتبدو بشائر نجاحها ، أموالا أخرى شائعة أو مفرزة مملوكة لأعضاء الأسرة ، إما مرة واحدة ، أو مرة بعد أخرى (١) .

والمهم أن يكون المال الذى يقدمه عضو الأسرة مملوكا له ملكية حالة ، فلا يجوز أن تكون ملكية الأسرة من أموال مستقبلية ، كأن تكون تركة مستقبلية ، على أن كل تعامل فى تركة مستقبلية ولو بطريق تكوين ملكية الأسرة باطل (٢) .

ويصح أن يكون المال عقارا أو منقولا ، وإن كان الغالب أن يكون عقاره أو منقولا معنويا كالمتجر والمصنع . وإذا كان عقارا وجب تسجيله طبقا للمادة ٩ من قانون الشهر العقارى ، حتى لو كان هذا العقار مملوكا على الشيوع بين أعضاء الأسرة قبل الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة (٣) .

٦٤٥ — الركن الرابع — مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة : وملكية الأسرة لا بد أن تكون موقته ، ولا يجوز أن تزيد المدة فيها على خمس عشرة سنة . ويجب التمييز هنا بين فرضين : فلما أن تكون مدة قد حددت فى الاتفاق ، أو لم تحدد مدة ما .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وتكون ملكية الأسرة عادة من تركة يبقيا الرثة ، كلها أو بعضها ، فى الشيوع معيا وراء حسن الاستغلال . ويجوز أيضا أن يتفق أعضاء الأسرة على تكوين ملكيتها من مال يقدمه كل منهم ولا يكون من تركة مشتركة ، وهذا ألا ب إلى الشركة ، ويكون المقصود من ذلك استغلال هذا المال استغلالا معيناً يقتضى وسادة الإدارة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٢ - ص ١٥٣) .

(٢) محمد على عرفة فقرة ٣٤٩ ص ٤٦٦ .

(٣) محمود شوقى فى الشهر العقارى علما وعملا سنة ١٩٥١ ص ٢٣٤ - محمد على عرفة فقرة ٣٤٩ ص ٤٦٧ - إسماعيل قاسم فقرة ١٤٠ ص ٣٢٥ - منصور مصطفى منصور فقرة ٩٤ ص ٢٣٤ .

فإذا حددت مدة في الاتفاق ، وجب ألا تزيد هذه المدة على خمس عشرة سنة كما قدمنا . ويصح أن تكون المدة أقل من خمس عشرة سنة ، عشر سنين أو أقل أو أكثر ، والمهم ألا تزيد على خمس عشرة سنة^(١) . فإذا حددت مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة ، نقيدها بالشركاء في ملكية الأسرة ، وأصبح لزاما أن يستبقوا أموالهم داخلة في هذه الملكية طوال المدة المحددة . ومن هنا نرى أن ملكية الأسرة أطول بقاء وأكثر استقرارا من الشروع العادي ، وهذه هي ميزتها . ففي الشروع العادي لا يمكن الاتفاق على البقاء في الشروع مدة تزيد على خمس سنوات ، وهنا قد تطول المدة إلى خمس عشرة سنة . ويجوز ، بعد انقضاء المدة المحددة ابتداء ، أن تجدد المدة مرة ثانية فثالثة وهكذا . ولكن التجديد لا يكون إلا بعد انقضاء المدة السارية ، وإلا حسبت المدة الجديدة من وقت التجديد لا من وقت انقضاء المدة السارية ، وذلك على النحو الذي قدمناه في الشروع العادي^(٢) . فإذا لم تجدد المدة بعد انقضائها ، ولم يطلب أحد القسمة ، بقي أعضاء الأسرة في الشروع ، ولكن الشروع هنا يكون شيوخا عاديا لا شيوخ ملكية الأسرة^(٣) . ولكن مادام شيوخ ملكية الأسرة قائما ، لا يجوز في الأصل لأحد من الشركاء أن يخرج نصيبه من هذه الملكية . ومع ذلك يجوز ، على سبيل الاستثناء ، للشريك « أن يطلب من المحكمة الإذن في إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه ، إذا وجد مبرر قوي لذلك » (م ١/٨٥٢ مدني)^(٤) . فقد يجد أحد الشركاء نفسه ، قبل انقضاء المدة المحددة ، في حاجة ملحة للمال الذي وضعه في ملكية الأسرة ، أو يكون قد انتقل من الجهة التي كان يقيم فيها بجوار ملكية الأسرة فلا يعود مستطعا أن يتابع سير العمل والإدارة في هذه الملكية ، أو تكون العلاقة بينه

(١) « وإذا اتفق أعضاء الأسرة على مدة تزيد على خمس عشرة سنة ، أنقصت إلى هذا الحد » (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٣) .

(٢) انظر آنفا فقرة ٥٣٧ - وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ولكن لا يوجد ما يمنع من تجديد المدة بعد انقضائها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٣) .

(٣) إسماعيل غانم فقرة ١٤١ ص ٣٢٧ .

(٤) انظر آنفا فقرة ٦٤٠ .

وبين أعضاء الأسرة الآخرين قدساعات إلى حد لا يرجى معه العودة إلى التفاهم (١).

وإذا لم تحدد ملكية الأسرة مدة في الاتفاق ، « كان لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن إلى الشركاء رغبته في إخراج نصيبه » (م ٢/٨٥٢ مدني) (٢). فالاتفاق غير محدد المدة على ملكية الأسرة يكون إذن عرضة لأن يخرج أى شريك منه بعد ستة أشهر من إعلان يوجهه إلى سائر الشركاء . ولا يشترط شكل خاص في الإعلان ، فقد يكون إنذارا على يد محضر ، وقد يكون كتابا مسجلا أو غير مسجل ، وقد يكون شفويا ولكن يقع عبء إثباته على الشريك الخارج (٣). وفي ملكية الأسرة الزراعية ، تراعى المواعيد التي يحددها العرف الزراعى . وقد كان في المشروع التمهيدي لنص المادة ٢/٨٥٢ مدني عبارة في هذا المعنى ، ولكنها حذفت في لجنة مجلس الشيوخ . ولا يوجد ما يمنع من مراعاة هذا الحكم بعد حذف هذه العبارة ، فإن الحكم نفسه يتفق مع القواعد العامة (٤).

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدي في هذا الصدد : « على أنه يجوز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الإذن له في إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انتهاء الأجل المتفق عليه إذا كان هناك مبرر قوى لذلك ، كما إذا اقتضت ظروفه الخاصة أن ينقل عمله إلى مقر آخر ، أو احتاج إلى مال ، أو وقع بينه وبين أعضاء الأسرة خلاف لا أمل في تسويته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٣) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٤٠ .

(٣) وإذا أخرج أحد الشركاء نصيبه ، بعد انقضاء ستة أشهر من الإعلان أو لوجود مبرر قوى فيما إذا كانت هناك مدة محددة ، فإن هذا لا يعتبر قسمة المال الشائع بين الشركاء . فيصح أن يكون إعطاء الشريك نصيبه عن طريق التجنيب ، بل يصح إعطاؤه مقابل نصيبه نقداً إذا تمذر التجنيب (انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ١٤١ ص ٣٢٧ هامش ٢) .

(٤) فالعرف الزراعى مثلاً يقضى بوجوب انتظار جنى المحصول ، فيجب تحكيم هذا العرف في خصوص إخراج أحد الشركاء لنصيبه في ملكية الأسرة (محمد على عرفة فقرة ٣٥٠ ص ٤٦٨) . وقد جاء في تقرير لجنة مجلس الشيوخ التي حذفت النص الخاص بالعرف الزراعى ، تبريراً لهذا الحذف ، ما يأتي : « لأن العرف الذي يشير إليه النص لم ينشأ بعد ، وهو إن نشأ في المستقبل فلن يكون هناك ما يحول دون تطبيقه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤٧ - وانظر آنفاً فقرة ٦٤٠ ص ١٠٤٤ هامش ١) . وانظر في هذه المسألة إسماعيل غانم فقرة ١٤١ ص ٣٢٨ هامش ١ .

المبحث الثاني

أحكام ملكية الأسرة

٦٤٦ — **نصوص قانونية :** تنص المادة ٨٥٣ مدني على ما يأتي :

« ١ — ليس للشركاء أن يطلبوا القسمة مادامت ملكية الأسرة قائمة ، ولا يجوز لأي شريك أن يتصرف في نصيبه لأجنبي عن الأسرة ، إلا بموافقة الشركاء جميعاً » .

« ٢ — وإذا تملك أجنبي عن الأسرة حصة أحد الشركاء برضاء هذا الشريك أو جبراً عليه ، فلا يكون الأجنبي شريكاً في ملكية الأسرة إلا برضائه ورضاء باقي الشركاء » .

وتنص المادة ٨٥٤ مدني على ما يأتي :

« ١ — للشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص أن يعينوا من بينهم للإدارة واحداً أو أكثر . وللمدير أن يدخل على ملكية الأسرة من التغيير في الغرض الذي أعد له المال المشترك ما يحسن به طرق الانتفاع بهذا المال ، ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك » .

« ٢ — ويجوز عزل المدير بالطريقة التي عين بها ولو اتفق على غير ذلك ، كما يجوز للمحكمة أن تعزله بناء على طلب أي شريك إذا وجد سبب قوي . يبرر هذا العزل » .

وتنص المادة ٨٥٥ مدني على ما يأتي :

« فيما عدا الأحكام السابقة ، تنطبق قواعد الملكية الشائعة وقواعد الوكالة على ملكية الأسرة » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٨٥٣ : ورد هذا النص في المادة ١٢٢٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية في المشروع التمهيدي كانت تجر على الوجه الآتي : « فلا يشترك الأجنبي في ملكية الأسرة إلا برضائه ورضاء باقي »

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية : في التقنين المدني السوري م ٨٠٨ -

٨١٠ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٥٧ - ٨٥٩ - وفي التقنين المدني العراقي لا مقابل - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (١) .

ويؤخذ من هذه النصوص أن ملكية الأسرة هي ملكية شائعة بين عدد من أعضاء أسرة واحدة ، يملكها هؤلاء الأعضاء على الشيوع ، وليست شخصاً معنوياً تستند إليه هذه الملكية . وهي كملكية شائعة تخضع في الأصل لأحكام هذه الملكية إلا فيما تميزت به من أحكام ، وكملكية يوكل فيها الشركاء واحداً

ـ الشركاء . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٢٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٢٢ . وفي لجنة لمس الشيوخ استبدلت عبارة « فلا يكون الأجنبي شريكاً في ملكية الأسرة » بعبارة « فلا يشترك الأجنبي في ملكية الأسرة » ، وجاء في تقرير اللجنة تبريراً لهذا التعديل « أن المراد هو ذى صفة الشريك عن الأجنبي ، والتعديل يجعل هذا المعنى أوضح » . وأقرت اللجنة النص بهذا التعديل تحت رقم ٨٥٣ ، ثم أقره مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤٧ - ص ١٤٩) .

م ٨٥٤ : ورد هذا النص في المادة ١٢٢٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الأولى من المشروع التمهيدي كانت تجا على الوجه الآتي : « ... والمدير أن يدخل على ملكية الأسرة من التغييرات ومن التعديل في الف ... » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٢٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه لمس النواب تحت رقم ٩٢٣ . وفي لجنة مجلس الشيوخ رأى الاقتصار بالنسبة إلى سلطة المدير على التغيير في الف ض الذي أعد له المال المشترك دون التعديل في المال المشترك ، ولذلك استبدلت عبارة « والمدير أن يدخل على ملكية الأسرة من التغيير » بعبارة « والمدير أن يدخل على ملكية الأسرة من التغييرات ومن التعديل » . وأقرت اللجنة النص بهذا التعديل تحت رقم ٨٥٤ ، ثم أقره مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤٩ - ص ١٥١) .

م ٨٥٥ : ورد هذا النص في المادة ١٢٢٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٢٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٢٤ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٥٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٢ - ص ١٥٤) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٠٨ - ٨١٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٥٧ - ٨٥٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

منهم ليدبرها تخضع في الأصل لأحكام الوكالة « فيما يتعاق بأعمال المدير ،
والتزاماته »^(١) ، سواء كان ذلك في علاقة المدير بالشركاء^(٢) أو في علاقته
بالغير ، وذلك إلا فيما تميزت به هنا أيضاً من أحكام .
وتتميز أحكام ملكية الأسرة عن أحكام الشروع العادى وعن أحكام
الوكالة في ناحيتين : ناحية تصرف الشريك في نصيبه ، وناحية إدارة ملكية
الأسرة .

٦٤٧ - تصرف الشريك في نصيبه في ملكية الأسرة : يبقى نصيب
الشريك شائعاً في ملكية الأسرة ، ولا يستطيع الشريك أن يطلب القسمة
مادامت هذه الملكية قائمة . وقد يبنى على هذا النحو مجبراً على البقاء في الشروع
مدة خمس عشرة سنة إذا حدد هذا الأجل في الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة ،
وفى هذا تختلف هذه الملكية كما قدمنا عن الشروع العادى حيث لا يجبر الشريك
على البقاء في الشروع أكثر من خمس سنوات .

وكما يرد هذا القيد على حق الشريك في طلب القسمة ، يرد قيد مماثل على
حق الشريك في التصرف في نصيبه الشائع . وقد قدمنا أن الشريك يملك إخراج
نصيبه من ملكية الأسرة إذا حدد لها أجل معين بشرط أن يقوم مبرر قوى
لذلك ، ويملك فيما إذا لم يحدد لملكية الأسرة أجل معين إخراج نصيبه بعد
انقضاء ستة أشهر من إعلانه الشركاء برغبته في ذلك . ونضيف إلى ذلك
أمرين :

أولاً - إنه يملك ، دون إخراج نصيبه من ملكية الأسرة ، أن يتصرف
في هذا النصيب^(٣) إلى أحد الشركاء ، فيخرج هو من ملكية الأسرة وتزداد

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ من ١٥٤ .
(٢) ويترتب على ذلك أن سائر الشركاء يكونون مسئولين عما أم أب المدير من ضرر دون
خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذا معتاداً (م ٧١١ مدنى) ، وأنهم يكونون متضامنين قبل المدير
في تنفيذ الوكالة (م ٧١٢ مدنى) ، وأن على المدير إذا كان مأجوراً أن يبذل في إدارة ملكية
الأسرة عناية الرجل المعتاد (م ٧٠٤ / ٢ مدنى) ، وعليه أن يقدم حساباً عن إدارته (م ٧٠٥
مدنى) ، وأن له أن ينيب عنه غيره وتحدد مسئوليته هو ونائبه طبقاً لأحكام المادة ٧٠٨ مدنى .
انظر في ذلك محمد طه عرفة فقرة ٣٥٣ .

(٣) سواء كان للتصرف معاوضة أو تبرعاً ، سواء كان بالنزول أو بالرهن أو بغير ذلك -

حصة الشريك المتصرف إليه في هذه الملكية بقدر نصيب الشريك المتصرف . بل يجوز للشريك أن يتصرف في نصيبه لأجنبي لا لأحد الشركاء ، ولكن يشترط في ذلك موافقة باقي الشركاء . وفي هذا ضرب من المنع من التصرف إلا بموافقة الشركاء^(١) . فإذا تصرف الشريك في نصيبه لأجنبي ، ووافق باقي الشركاء على هذا التصرف ، نفذ التصرف في حق باقي الشركاء . وحل الأجنبي محل الشريك ، لا في ملكية الأسرة ، بل في نصيب الشريك الشائع . فيستطيع الأجنبي إخراج هذا النصيب من ملكية الأسرة عن طريق التجنيب ، وقد يتفق الشركاء مع الأجنبي على إعطائه مقابلاً من النقود . أما إذا أريد أن يحل الأجنبي أيضاً محل الشريك في ملكية الأسرة ذاتها ، فلا بد في ذلك من موافقة أخرى تصدر من باقي الشركاء ، ولا بد أيضاً من موافقة الأجنبي نفسه على بقاء النصيب الذي انتقل إليه في ملكية الأسرة^(٢) . وهذا مثل نادر لدخول أجنبي

من التصرفات (شفيق شحاتة في التأمين العيني طبعة ثالثة سنة ١٩٥٥ فقرة ٢٧ ص ٣١ - عبد المنعم البدرار فقرة ١٧٣ ص ٢٠٧ هامش ١ - إسماعيل غانم فقرة ١٤٢ ص ٣٢٩ - وقارن سليمان مرقس في التأمينات العينية سنة ١٩٥١ فقرة ٢٢ ص ٢٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ٩٦ ص ٢٣٩) .

(١) ويترتب على ذلك أنه إذا باع الشريك نصيبه بغير موافقة الشركاء ، كان تصرفه باطلاً ، إذ البطلان هو جزاء المنع من التصرف (م ٨٢٤ مدني) . انظر في هذا المعنى محمد علي عرفة فقرة ٣٥١ ص ٤٦٩ - عبد المنعم البدرار فقرة ١٧٣ ص ٢٠٨ .

(٢) ونرى من ذلك أنه لا بد من صدور موافقة باقي الشركاء مرتين ، مرة عند تصرف الشريك في نصيبه لأجنبي ، ومرة أخرى عند استبعاد هذا النصيب في ملكية الأسرة ، وبهذا تلتقي شبهة التعارض ما بين فقرتي المادة ٨٥٣ مدني ، وقد كانت هذه الشبهة أثرت في لجنة مجلس الشيوخ ، إذ لاحظ أحد الأعضاء أن حكم الفقرة الثانية مناقض للحكم الوارد في الفقرة الأولى التي تمنع حل الشريك المتصرف في نصيبه لأجنبي إلا بموافقة الشركاء ، بينما الفقرة الثانية يفهم منها جواز التصرف لأجنبي ، فأجيب بأن حكم الفقرة الثانية وهو حكم خاص بالشريك الذي يتصرف في نصيبه بغير التقييد بحكم الفقرة الأولى « (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤٨) . ولا شك في أن الإجابة التي أدلى بها أمام لجنة مجلس الشيوخ بخالية من الدقة . والصحيح - كما جاء في المذكرة الإيضاحية - أن الأجنبي يحتاج إلى موافقة باقي الشركاء في كسب نصيب الشريك أولاً ، ثم يحتاج إلى موافقتهم مرة أخرى في إبقاء هذا النصيب في ملكية الأسرة . انظر في ذلك عبد المنعم البدرار في فقرة ١٧٣ ص ٢٠٨ - ص ٢٠٩ - إسماعيل غانم فقرة ١٤٢ ص ٣٣٠ - حسن كبيرة فقرة ١٦٨ ص ٥٨٠ - ص ٥٨١ - عبد المنعم فرج الصلدة فقرة ١٦٦ ص ٢٢١ - منصور مصطفى منصور فقرة ٩٦ ص ٢٤٠ - ص ٢٤١ - وقارن محمد علي عرفة فقرة ٢٥١ ص ٤٧٠ .

في ملكية الأسرة ، ولكنه لا يدخل ابتداء بل يدخل عقب تصرف أحد الشركاء في نصيبه .

ثانياً - إن دائن الشريك يملك التنفيذ على نصيب الشريك في ملكية الأسرة ، فإذا نفذ عليها وباعها جبراً لأحد الشركاء ، اختص هذا الشريك بنصيب الشريك المنفذ عليه كما في الفرض السابق . ولكن قد يرسو مزاد نصيب الشريك المنفذ عليه على أجنبي لا على شريك ، فيصبح هذا الأجنبي هو المالك لنصيب الشريك ، وله أن يخرج من ملكية الأسرة عن طريق التجنيز أو عن طريق المقابل النقدي كما في الفرض السابق أيضاً . أما إذا أراد الأجنبي البقاء في ملكية الأسرة ، فلا بد هنا أيضاً من موافقة باقي الشركاء على ذلك ، ويكون هذا مثلاً نادراً آخر لدخول أجنبي في ملكية الأسرة (١) .

٦٤٨ - إدارة ملكية الأسرة : وتتميز إدارة ملكية الأسرة بأنه يجوز للشركاء أن يعينوا شريكاً منهم أو أكثر لإدارة هذه الملكية ، وتقول الفقرة الأولى من المادة ٨٥٤ مدني ، كما رأينا ، في هذا الصدد : « للشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص أن يعينوا من بينهم للإدارة واحداً أو أكثر » . ويؤخذ من هذا النص أن من يملك تعيين المدير أو المديرين هم الشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص ، أي أغلبية الشركاء محسوبة على أساس قيمة الانصباء ، وأن المدير أو المديرين الذين يختارهم الشركاء لا بد أن يكونوا من بين الشركاء أنفسهم ، فلا يصح أن يكون المدير أجنبياً كما يصح ذلك في الشروع العادي .

وكما يعين المدير بأغلبية الشركاء على النحو السالف الذكر ، كذلك يجوز عزله بهذه الأغلبية عينها ، حتى لو اتفق الشركاء على عدم جواز عزله . بل إنه يجوز للمحكمة عزل المدير ، دون الحاجة إلى أغلبية الشركاء ، إذا طلب

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « فإذا تملك أجنبي حصة أحد الشركاء ، سواء كان ذلك في بيع جبر ، أو كان في بيع اختياري برضاء الشريك وموافقة سائر الشركاء ، فلا يشترك هذا الأجنبي مع ذلك في ملكية الأسرة إلا باتفاق بينه وبين باقي الشركاء ... والفرض من هذا التقييد أن تبقى الملكية مقصورة على أفراد الأسرة بقدر الإمكان » (موعة الأعمال التحضيرية ٦ من ١٥٣) .

عزله أحد الشركاء ووجد سبب قوى يبرر هذا العزل ، كأن كان المدير غير صالح لمهمته أو كان غير أمين .

ومتى عين مدير من الشركاء لإدارة ملكية الأسرة ، كان لهذا المدير سلطات واسعة تزيد كثيراً على سلطات المدير في الشيوخ العادى . فمدير ملكية الأسرة يملك الإدارة العادية كما يملكها مدير الشيوخ العادى ، ويملك فوق ذلك الإدارة غير العادية ولا يملكها المدير في الشيوخ العادى . بل إنه لا معقب على إدارة المدير غير العادية هنا ، وهذا بخلاف الإدارة غير العادية في الشيوخ العادى فقد رأينا أن للأقلية حق الالتجاء إلى القضاء (١) .

ولكن يلاحظ أنه إذا جاز لمدير ملكية الأسرة ، في إدارته غير العادية ، أن يدخل على هذه الملكية من التغيير في الغرض الذى أعد له المال المشترك ما يحسن به طرق الانتفاع بهذا المال ، إلا أنه ترد على سلطته هذه قيودان : (القيد الأول) أنه لا يملك إدخال تعديلات في ملكية الأسرة ذاتها بأن يبدل أموالاً أخرى ببعض أموالها ، وكل ما يملكه هو التعديل في الغرض الذى أعد له المال لا التعديل في المال ذاته (٢) : (والقيد الثانى) أنه يجوز للشركاء ، بالأغلبية للعادية التى سبقت الإشارة إليها ، أن يقيدوا من سلطات المدير الواسعة ، سواء عند تعيينه أو بعد تعيينه ، فيقصروها مثلاً على الإدارة العادية ، أو يشترطوا موافقة الأغلبية على الإدارة غير العادية .

وليس من الضروري أن يعين الشركاء مديراً لملكية الأسرة ، وإن كان هذا هو الطريق الأسير . فيجوز أن يتولى الشركاء أنفسهم الإدارة ، العادية منها وغير العادية ، ويكون كل ذلك بالأغلبية العادية المشار إليها سابقاً . ولا يجوز للأقلية الاعتراض أمام المحكمة على الإدارة غير العادية ، كما يصح

(١) انظر آتفاقة ٥٠١ .

(٢) انظر التعديل الذى أدخلته لجنة مجلس الشيوخ في هذا الصدد آتفاقة ٦٤٦ .

بص ١٠٥٢ هامش ١ .

ذلك في الشروع العادى^(١) . وهناك رأى يذهب إلى أنه إذا لم يعين مدير الملكية الأسرة ، طبقت القواعد العامة في إدارة الشروع العادى ، فلا يكون للأغلبية العادية سوى التقييم بأعمال الإدارة العادية^(٢) .

(١) انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ١٤٢ ص ٣٢٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ٩٦ ص ٢٣٨ .
 (٢) ١ محمد على عرفة فقرة ٣٥٣ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٧٥ - حسن كبرى فقرة ١٣٨ ص ٤٣١ .

فهرس

صفحة

بيان ١

القسم الأول الأشياء المادية والأشياء غير المادية تمهيد

- الأشياء وتقسيمها إلى مادية وغير مادية - الشيء والمال ... ٥
الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها ... ٧
الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون ... ٧
الحقوق المالية التي يكون الشيء محلا لها : ... ٨
التمييز بين الشيء المادي والشيء غير المادي ... ٩
التمييز بين الشيء والمال ... ٩

الباب الأول

الأشياء المادية والحقوق التي ترد عليها

- تقسيمات الأشياء المادية والحقوق التي ترد عليها ... ١٠

الفصل الأول - تقسيمات الأشياء المادية

الفرع الأول - تقسيم الأشياء المادية إلى عقار منقول ... ١١

- فيصل التفرقة بين العقار والمنقول ... ١٣

- ما يترتب من النتائج على تقسيم الأشياء إلى عقار ومنقول ... ١٦

المبحث الأول - العقار ... ١٩

- العقار بطبيعته والعقار بالتخصيص ... ١٩

المطلب الأول - العقار بطبيعته ... ١٩

- الأرض ... ٢٠

صفحة

٢٢	النبات
٢٤	المباني والمنشآت :
٢٥	اندماج المباني والمنشآت في الأرض
٢٥	المنشآت المؤقتة
٢٧	أجزاء البناء المكتملة له
٢٨	آلات الري والطواحين والمطاحن والمحالج
٢٩	المطلب الثاني - العقار بالتخصيص
	ما هو العقار بالتخصيص - مقابلة بين نصوص التقنين المدني الفرنسي ونصوص
٢٩	التقنين المدني المصري
٣٢	§ ١ - شروط العقار بالتخصيص :
٣٢	(الشرط الأول) اتحاد المالك :
٣٤	المالك أو نائبه
٣٤	المالك في الشيوخ
٣٥	الحائز
٣٦	انفصال ملكية العقار عن ملكية المتقول
٣٦	(الشرط الثاني) التخصيص :
٣٦	المتقول مخصص لخدمة العقار
٣٧	لا يشترط أن يكون التخصيص بصفة دائمة
٣٨	لا يشترط أن يكون التخصيص ضروريا
٣٩	وجوب أن يكون التخصيص أمرا واقعا - لا تكفي إرادة المالك وحدها
٤٠	الاستغلال الزراعي :
٤٠	المواشي المخصصة للزراعة
٤٢	آلات الحث والآلات الزراعية الأخرى
٤٣	البذور والتبن والسماد
	حمام الأبراج وأرانب الأوكار وخلايا النحل ودود القز
٤٤	وأسماء البرك
٤٤	المعاصر والمراجل والأنابيب والخوانى والدنان
٤٥	الاستغلال الصناعي
٤٦	الاستغلال التجاري
٤٩	خدمة العقار وتزيينه والاستغلال المدني :
٤٩	خدمة العقار وتزيينه
٥٠	الاستغلال المدني

صفحة

§ ٢ - الآثار التي تترتب على التخصيص : ٥١

صيرورة المنقول بالطبيعة عقارا حكما ٥١

الفروق بين العقار بالتخصيص والمنقول بطبيعته : ٥١

حجز العقار لا حجز المنقول ٥٢

الرهن الرسمي وحق الاختصاص ٥٣

عدم الانفصال عن العقار الأصلي ٥٣

رسوم التسجيل ٥٤

الفروق بين العقار بالتخصيص والعقار بطبيعته : ٥٤

قيام نفس مالك العقار الأصلي بعملية التخصيص ٥٥

عدم فقد العقار بالتخصيص لذاتيته كمنقول ٥٥

فصل العقار بالتخصيص عن العقار الأصلي عند نزع الملكية ٥٦

العقار بالتخصيص يجوز أن يكون محلا لجرمة السرقة ٥٧

مضى ينتهى التخصيص فتعود للعقار بالتخصيص صفته الأصلية

كمنقول بطبيعته ٥٧

إمكان الاستثناء عن فكرة العقار بالتخصيص بفكرة التبعية ٦٠

المبحث الثانى - المنقول ٦٣

المنقول بطبيعته والمنقول بحسب المآل ٦٣

المطلب الأول - المنقول بطبيعته ٦٤

كل شيء يمكن أن ينتقل من مكان إلى آخر دون تلف ٦٥

التجار الكهربائي والغاز ومواد البناء وأجزاء البناء المتهدمة ٦٦

المنقولات الخاضعة للقيود أو المنقولات ذات الطبيعة الخاصة : ٦٧

السفن والمراكب ٦٧

الطائرات ٦٨

المطلب الثانى - المنقول بحسب المآل ٧١

نصوص متفرقة تعرض لمنقولات بحسب المآل ٧١

شروط المنقول بحسب المآل : ٧٣

التعامل جري على أساس ما يصير إليه العقار فى المآل ٧٣

المصير المحقق القريب بالعقار هو أن يصبح منقولا ٧٤

تطبيقات مختلفة للمنقول بحسب المآل : ٧٦

المحصول والثمار ٧٦

خشب الأشجار ٧٨

أندقاض البناء ٧٨

صفحة

المعادن والأحجار في المناجم والمهاجر ٨٠	بيع المنقول بحسب المال بيع منقول لا بيع عقار فلا يخضع للتسجيل
وتسرى عليه سائر أحكام بيع المنقول ٨٢	
الفرع الثاني - تقسيمات أخرى للأشياء المادية ٨٢	
المبحث الأول - القابل للاستهلاك وغير القابل له - المثلث والقيمي ٨٣	
المطلب الأول - الشيء القابل للاستهلاك والشيء غير القابل له ٨٣	
التمييز بين الشيء القابل للاستهلاك والشيء غير القابل له ٨٤	
أهمية هذا التمييز ٨٥	
المطلب الثاني - المثلث والقيمي ٨٦	
التمييز بين الشيء المثلث والشيء القيمي ٨٧	
المقابلة ما بين المثلث والقيمي وبين القابل للاستهلاك وغير القابل له ٨٨	
أهمية التمييز بين الشيء المثلث والشيء القيمي ٩٠	
المبحث الثاني - الأشياء العامة والأشياء الخاصة ٩٠	
التمييز بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة ٩٠	
المطلب الأول - الأشياء العامة ٩١	
كيف نبت التمييز بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة ٩٣	
§ ١ - التخصيص للمنفعة العامة هو معيار الأشياء العامة ... ٩٧	
معيار الأشياء العامة الذي أخذ به التقنين المدني المصري هو معيار	
التخصيص للمنفعة العامة - نبت المعايير الأخرى : ٩٧	
معيار عدم قابلية الشيء للملكية الخاصة ١٠٠	
معيار تخصيص الشيء لاستعمال الجمهور ١٠١	
معيار تخصيص الشيء لمرافق عام ١٠١	
المعيار الذي استقر : تخصيص الشيء للمنفعة العامة ... ١٠٢	
تخصيص الشيء للمنفعة العامة بطريقة رسمية ١٠٣	
تخصيص الشيء للمنفعة العامة بطريقة فعلية ١٠٤	
تخصيص الشيء للملوك للأفراد للمنفعة العامة ١٠٦	
§ ٢ - أمثلة للأشياء العامة أي للأشياء المخصصة للمنفعة العامة ١٠٩	
تعداد للأشياء العامة : ١٠٩	
أشياء عامة أرضية : ١١١	
الطرق والشوارع والقناطر والحواري ١١١	
المكوك الحديدية وخطوط التلغراف وخطوط التلغراف ١١١	
وسائل النقل العام ١١٣	

صفحة

أشياء عامة نهريّة :	١١٥
نهر النيل	١١٥
الزراع العامة والمصارف العامة والمين والمرافق والأرصفت ...	١١٦
أشياء عامة بحريّة :	١١٧
شواطئ البحر	١١٧
البرك والمستنقعات والبحيرات والمراسي والأحواض ...	١١٨
أشياء عامة حربيّة :	١١٩
الحصون والقلاع والخنادق والأسوار ومناطق الاستحكامات	
والترسانات والشكنات	١١٩
مصانع الذخيرة والذخائر والأسلحة والأسطول الحربي	
والطائرات الحربية والمهمات الحربية	١١٩
أشياء عامة ذات غرض ديني أو خيرى :	١٢٠
المعابد	١٢١
المستشفيات والمبرات ودور التعليم والملاجئ العامة ...	١٢٢
الجبانات والمقابر	١٢٢
المباني الحكوميّة :	١٢٤
المتاحف والمكتبات العامة والأسواق العامة والحدائق العامة	
والسلخانات والبورصات	١٢٥
المدارس والجامعات والمحاكم والسجون والإصلاحيات ...	١٢٥
دور الحكومة	١٢٥
المنقولات :	١٢٥
المستندات والوثائق والتحف والتماثيل والآثار والكتب	
والخطوط	١٢٦
النقود :	١٢٦
مراكب النقل والبريد والطائرات غير الحربية	١٢٦
حقوق الارتفاق الإداريّة	١٢٧
حقوق التطرق المتعلقة بالشوارع	١٢٧
حقوق التطرق المتعلقة بمجرى المياه	١٢٧
الحقوق المتعلقة بالأشغال العامة	١٢٧
الحقوق المتعلقة بالأعمال الحربية	١٢٧
٣ - تكييف حق الدولة في الأشياء العامة	١٢٨
الرأى الذى يبنى ملكية الدولة للشيء العام فى فرنسا	١٢٩

صفحة

- الرأى الذى يثبت ملكية الدولة لشيء العام فى فرنسا ... ١٣٠
- الرأى الذى ينفى ملكية الدولة لشيء العام فى مصر ... ١٣٢
- الرأى الذى يثبت ملكية الدولة لشيء العام فى مصر ... ١٣٤
- بعد صدور التقنين المدنى المصرى الجديد : للدولة حق الملكية فى الشيء العام ... ١٣٧
- § ٤ - الأحكام التى تخضع لها الأشياء العامة ... ١٤٢
- (أ) حق الشخص الإدارى هو حق ملكية : ... ١٤٣
- دعوى الاستحقاق ودعاوى الحيازة ... ١٤٣
- تملك الثمار والحاصلات ... ١٤٤
- تملك الطمى والركاز المدفون ... ١٤٦
- حق التمويض ... ١٤٦
- تعدد الدومين العام ... ١٤٧
- (ب) حق الشخص الإدارى هو حق مقيد بالتخصيص للمنفعة العامة : ... ١٤٩
- عدم جواز التصرف فى الشيء العام ... ١٤٩
- عدم جواز الحجز على الشيء العام ... ١٥١
- عدم جواز تملك الشيء العام بالتقادم ... ١٥٢
- المطلب الثانى - الأشياء الخاصة ... ١٥٤
- § ١ - أمثلة للأشياء الخاصة المملوكة للدولة ... ١٥٤
- الدومين الخاص ... ١٥٤
- التركات التى لا وارث لها ... ١٥٦
- الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها ... ١٥٨
- أموال المشروع العام من مؤسسات عامة وشركات عامة ... ١٥٨
- § ٢ - تحول الأشياء العامة إلى أشياء خاصة بزوال تخصيصها للمنفعة العامة ... ١٦٠
- كيف ينتهى تخصيص الشيء للمنفعة العامة فيصبح شيئاً خاصاً ... ١٦١
- انتهاء التخصيص للمنفعة العامة بطريق رسمى ... ١٦٣
- انتهاء التخصيص للمنفعة العامة بطريق فعل ... ١٦٤
- § ٣ - تكييف حق الدولة فى الأشياء الخاصة والأحكام التى تخضع لها هذه الأشياء ... ١٦٦
- حق الدولة فى الأشياء الخاصة هو حق ملكية مدنية محضة ... ١٦٦
- جواز التصرف فى الأشياء الخاصة وجواز الحجز عليها ... ١٦٧

صفحة

- ١٦٨ هدم جواز تملك الأشياء الخاصة بالتقادم
القشريات المنظمة لإدارة الحكومة لأملاتها الخاصة والتصرف
١٧٠ فيها - قانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ :
القواعد الواجب اتباعها في تأجير العقارات المملوكة للدولة
١٧١ ملكيا خاصة وفي التصرف فيها :
١٧٢ الأراضي الزراعية
١٧٣ الأراضي البور والأراضي الصحراوية
١٧٦ الأراضي الفضاء والعقارات المبنية
١٧٦ أحكام عامة تسري على جميع الأراضي
١٧٨ أثر أحكام قانون سنة ١٩٦٤ بالنسبة إلى الوقائع التي سبقت صدوره

الفصل الثاني - الحقوق التي ترد على الأشياء المادية (أو الأموال)

- ١٨٠ الأموال والذمة المالية

الفرع الأول - الأموال وتقسيمها إلى حقوق عينية وحقوق

- ١٨١ شخصية

- ١٨١ تقسيم المال إلى حق عيني وحق شخصي

المبحث الأول - بماذا يتميز الحق العيني عن الحق الشخصي وتقسيم

- ١٨٢ الحقوق العينية والحقوق الشخصية إلى عقار ومنقول

المطلب الأول - بماذا يتميز الحق العيني عن الحق الشخصي

تعريف كل من الحق العيني والحق الشخصي - إحالة إلى ما تقدم في

- ١٨٢ نظرية الالتزام

- ١٨٣ محاولة هدم التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي

- ١٨٣ محاولة هدم التمييز بتقريب الحق العيني من الحق الشخصي

- ١٨٥ محاولة هدم التمييز بتقريب الحق الشخصي من الحق العيني

- ١٨٦ بقاء التمييز قائما ما بين الحق العيني والحق الشخصي

- ١٨٨ الالتزام العيني

- ١٨٨ أمثلة للالتزام العيني

- ١٩٠ خصائص الالتزام العيني

المطلب الثاني - تقسيم الحقوق العينية والحقوق الشخصية إلى عقار

- ١٩٢ ومنقول

§ ١ - الحقوق والدعوى العقارية

- ١٩٤ الحقوق العينية الأصلية التي تقع على عقار

صفحة

الحقوق العينية التبعية التي تقع على عقار	١٩٥
الدعاوى المتعلقة بحق عيني على عقار	١٩٦
دعوى الشفعة	١٩٧
§ ٢ - الحقوق والدعاوى المنقولة	١٩٨
كل الحقوق والدعاوى التي ليست عقارية تكون منقولة	١٩٨
الحقوق العينية التي تقع على منقول	١٩٩
الحقوق الشخصية أيا كان محلها	١٩٩
الإيرادات المؤبدة والمؤقتة	٢٠١
الأسهم والحصص في الشركات	٢٠٢
المتاجر	٢٠٦
الحقوق المالية التي ترد على الأشياء غير المادية	٢٠٦
الدعاوى المنقولة - دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع - دعوى	
تكلفة الثمن بسبب الغبن	٢٠٦
دعاوى الفسخ والإبطال والرجوع	٢٠٨
المبحث الثاني - الحق العيني	٢٠٩
المطلب الأول - خصائص الحق العيني	٢٠٩
خصائص الحق العيني ترجع إلى أن هذا الحق هو سلطة مباشرة للشخص	
على شيء معين	٢٠٩
محل الحق العيني هو البارز أما المدين بالحق فيختل	٢١٠
التخل عن الشيء في الحق العيني	٢١١
الحيازة في الحق العيني	٢١١
التبعية في الحق العيني	٢١٢
التقدم في الحق العيني	٢١٣
المطلب الثاني - الحقوق العينية المذكورة على سبيل	
الحصر - تقسيمها ومفردات كل قسم	٢١٤
خلاف في فرنسا فيما إذا كانت الحقوق العينية مذكورة على	
سبيل الحصر :	٢١٤
الرأي الأول في فرنسا - الحقوق العينية غير مذكورة على	
سبيل الحصر	٢١٤
الرأي الثاني في فرنسا - الحقوق العينية مذكورة على	
سبيل الحصر	٢١٥

في مصر الاجماع منعقد على أن الحقوق العينية مذكورة على	
سبيل الحصر	٢١٦
تقسيم الحقوق العينية إلى أصلية وتبعية ومفردات كل قسم :	٢٢٢
مفردات الحقوق العينية الأصلية	٢٢٣
مفردات الحقوق التبعية	٢٢٣
الفرع الثاني - الذمة المالية والحلول العينية	٢٢٣
معنى الذمة المالية والحلول العينية	٢٢٣
المبحث الأول - الذمة المالية	٢٢٤
النظرية التقليدية ونقدها	٢٢٤
المطلب الأول - النظرية التقليدية في الذمة المالية	٢٢٥
العناصر التي تتكون منها الذمة المالية	٢٢٥
§ ١ - الذمة المالية مجموع من المال	٢٢٧
اندماج عناصر الذمة المالية في مجموع من المال يفسر	
مسائل ثلاثا :	٢٢٧
المسألة الأولى - الذمة المالية هي الضمان العام للدائنين	٢٢٨
المسألة الثانية - انتقال حقوق المورث وديونه إلى الوارث	٢٣٠
المسألة الثالثة - صلاحية فكرة المجموع من المال أساسا لنظرية	
الحلول العينية	٢٣١
§ ١ - الذمة وشخصية صاحبها	٢٣٢
اندماج الذمة المالية في شخصية صاحبها تترتب عليه نتائج ثلاث	٢٣٢
النتيجة الأولى - الشخص وحده هو الذي تكون له ذمة	
مالية وكل شخص له حتما ذمة مالية	٢٣٣
النتيجة الثانية - الذمة المالية لا تنفصل عن شخص صاحبها	٢٣٤
النتيجة الثالثة - لكل شخص ذمة مالية واحدة فلا تتجزأ	
الذمة المالية ولا تتعدد	٢٣٥
المطلب الثاني - نقد النظرية التقليدية في الذمة المالية	٢٣٥
نوعان من النقد	٢٣٥
§ ١ - نقد النظرية في بعض جزئياتها	٢٣٦
المبالغة في ربط الذمة المالية بالشخصية	٢٣٦
الأولى إدخال فكرة التخصيص لغرض معين فيصبح الحق وظيفة	
اجتماعية أكثر منه سلطة في يد شخص	٢٣٦

صفحة

جواز تعدد الذمة المالية	٢٣٧
جواز انتقال الذمة المالية من صاحبها إلى الغير حال الحياة	٢٣٩
بقاء الذمة المالية مع ذلك مرتبطة بالشخص فلا تقوم ذمة مالية	
دون صاحب تستند إليه	٢٤١
§ ٢ - نقد النظرية في أساسها	٢٤٢
نقد فكرة المجموع من المال	٢٤٢
تفسير آخر لفكرة الضمان العام للدائنين	٢٤٢
تبرير آخر لانتقال حقزق المورث وديونه إلى الوارث	٢٤٤
أساس آخر لنظرية الحلول العيني	٢٤٤
نقد فكرة الاندماج في الشخصية	٢٤٦
قابلية الذمة المالية للانفصال عن شخص صاحبها	٢٤٦
جواز تجزئة الذمة المالية وتعددتها	٢٤٦
إلى أي حد يمكن القول بهدم النظرية التقليدية في الذمة المالية	٢٤٨
بقاء النظرية التقليدية فيما يتعلق بفكرة المجموع من المال	٢٤٨
فكرة المجموع من المال يقوم عليها تقسيم الخلف إلى خلف	
عام وخلف خاص	٢٤٩
فكرة المجموع من المال هي خير تفسير للدعوى غير المباشرة	
والدعوى البولصية ودعوى الصورية	٢٤٩
انهدام النظرية التقليدية فيما يتعلق بفكرة الاندماج في الشخصية	٢٥٠
المبحث الثاني - الحلول العيني	٢٥١
النظرية التقليدية والنظرية الحديثة	٢٥٢
المطلب الأول - النظرية التقليدية في الحلول العيني	٢٥٢
§ ١ - بسط النظرية التقليدية	٢٥٢
شروط الحلول العيني	٢٥٢
أثر الحلول العيني	٢٥٣
§ ٢ - انتقاد النظرية التقليدية	٢٥٣
الأسس الثلاثة التي قامت عليها النظرية التقليدية :	٢٥٣
الأصل التاريخي - عدم صحة نسبة النظرية التقليدية إلى القانون	
الروماني والقانون الفرنسي القديم	٢٥٤
التمييز بين المجموع من المال والمال المنفرد بذاته لا يقوم	
على أساس	٢٥٥
لا محل للقول بالهجاز القانوني	٢٥٧

صفحة

المطلب الثاني - النظرية الحديثة في الحلول العينية ... ٢٥٧

§ ١ - بسط النظرية الحديثة ... ٢٥٧

حالتان للحلول العينية - الحلول العينية ليس مجازاً قانونياً ... ٢٥٧

الحالة الأولى - مجموع من المال واجب الرد ... ٢٥٨

الحالة الثانية - شيء خصص لغرض معين ... ٢٥٩

رد حالتى الحلول العينية إلى حالة واحدة هى حالة الخصوع لنظام

قانونى معين ... ٢٦١

§ ٢ - تطبيقات للحلول العينية فى القانون المدنى المصرى ... ٢٦٢

علم وضع قاعدة عامة لحلول العينية فى القانون المدنى المصرى ... ٢٦٢

نصوص فى التقنين المدنى المصرى تقرر الحلول العينية ... ٢٦٣

الطائفة الأولى من النصوص - انتقال التأمينات العينية من العين

التي كانت مثقلة بهذه التأمينات إلى العوض الذى حل حلاً عيانياً

يحل هذه العين (الرهن الرسمى - حق الاختصاص - رهن الحيازة

- حقوق الامتياز - عقد التأمين من الحريق - الشفعة) ... ٢٦٣

الطائفة الثانية من النصوص - انتقال الحق فى الحبس من الشيء

إلى ثمنه بحكم الحلول العينية ... ٢٦٦

الطائفة الثالثة من النصوص - انتقال حق الانتفاع من الشيء إلى

عوضه بحكم الحلول العينية ... ٢٦٦

تطبيقات أخرى للحلول العينية فى القانون المدنى المصرى لم يرد

فى شأنها نص ... ٢٦٦

الأموال الموقوفة ... ٢٦٦

أموال المؤسسة ... ٢٦٧

ملكية الأسرة ... ٢٦٨

الأموال التى لا يجوز التصرف فيها ... ٢٦٩

أموال القاصر من كسبه الخاص ... ٢٧٠

أموال التركة ... ٢٧١

الباب الثانى

الأشياء غير المادية والحقوق التى ترد عليها

الحق غير المادى والشيء غير المادى ... ٢٧٤

الحقوق التى ترد على الأشياء غير المادية - الحقوق الذهنية ... ٢٧٦

طبيعة الحقوق الذهنية التى ترد على الأشياء غير المادية ... ٢٧٧

صفحة

- تنافى طبيعة الملكية مع طبيعة الفكر : الفكر لصيق بالشخصية
 ٢٧٩ وحياته في انتشاره لا في الاستئثار به
 ٢٨٠ حق المؤلف أو حق المخترع ليس بحق ملكية

الفصل الأول - حق المؤلف (الملكية الأدبية والفنية)

- ٢٨٢ التاريخ التشريعي والدولى لحماية حق المؤلف
 ٢٨٩ القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ لحماية حق المؤلف
 ٢٩٠ المصنفات المحمية ومؤلفوها - حقوق المؤلف وطرق حمايتها
 ٢٩٠ الفرع الأول - المصنفات المحمية ومؤلفوها
 ٢٩١ المبحث الأول - المصنفات
 ٢٩١ الأساس الذى تقوم عليه الحماية هو الابتكار بغض النظر عن قيمته
 ٢٩٣ المطلب الأول - المصنفات الأدبية والعلمية
 ٢٩٣ أمثلة للمصنفات الأدبية والعلمية وردت في القانون
 ٢٩٣ المصنفات المكتوبة
 ٢٩٤ المصنفات التى تلقى شفويا
 ٢٩٤ المصنفات المسرحية والمسرحيات الموسيقية
 ٢٩٥ المصنفات السينمائية
 ٢٩٥ المصنفات التى تعد خصيصا أو تذاع بواسطة الإذاعة اللاسلكية
 ٢٩٥ أو التليفزيون
 ٢٩٦ عنوان المصنف
 ٢٩٨ المصنفات المشتقة من مصنفات سابقة - حالات أربع :
 ٣٠٠ الحالة الأولى - إعادة إظهار المصنف الأصيل كما هو
 ٣٠١ مجموعات المصنفات التى آلت إلى الملك العام
 ٣٠٣ مجموعات الوثائق الرسمية
 ٣٠٤ مختارات الشعر والنثر وغيرها من المجموعات
 ٣٠٥ الحالة الثانية - إعادة إظهار المصنف الأصيل بعد الإضافة
 ٣٠٥ أو التنقيح أو التحقيق
 ٣٠٦ إعادة إظهار المصنف الأصيل ولكن بعد تحويره وتعديله عن
 ٣٠٦ شرح أو تعليق
 ٣٠٦ طريق المراجعة والتنقيح
 ٣٠٧ إظهار المصنف الأصيل عن طريق نشر المخطوطات القديمة

صفحة

الحالة الثالثة - الاقتباس من المصنف السابق عن طريق التلخيص	
أو التحويل	٣٠٨
الاقتباس عن طريق التلخيص	٣٠٩
الاقتباس عن طريق التحويل (تحويل قصة إلى مسرحية	
أو إلى فيلم سينمائي)	٣٠٩
الحالة الرابعة - ترجمة المصنف إلى لغة أخرى	٣١١
حق المؤلف الأصلي وحق المترجم	٣١١
الترجمة إلى اللغة العربية	٣١٢
المطلب الثاني - المصنفات الفنية	٣١٣
أمثلة للمصنفات الفنية وردت في القانون	٣١٣
المصنفات الداخلة في فنون الرسم والتصوير بالخطوط أو	
الألوان أو الحفر أو النحت أو العمار	٣١٣
المصنفات الفوتوغرافية والسينمائية	٣١٣
الخرائط الجغرافية والمخطوطات (الرسوم الكروكية)	٣١٤
المصنفات المحسنة المتعلقة بالجغرافيا أو الطبوغرافيا أو العلوم	٣١٤
المصنفات التي تؤدي بحركات أو خطوات (فنون الرقص	
وفن الإخراج)	٣١٤
المصنفات المتعلقة بالفنون التطبيقية (الخزف والأواني	
المزخرفة والزجاج الملون الخ)	٣١٤
المهرة في المصنفات الفنية بالتنفيذ لا بمخطة العمل	٣١٤
المصنفات الفوتوغرافية	٣١٦
المصنفات الفنية التي هي مجرد محاكاة للطبيعة	٣١٨
المصنفات الفنية التي هي مجرد محاكاة لمصنفات فنية سابقة	٣١٩
المطلب الثالث - المصنفات الموسيقية	٣٢١
أمثلة للمصنفات الموسيقية	٣٢١
المصنفات الموسيقية المقترنة بالألفاظ أو غير المقترنة بها	٣٢١
المسرحيات الموسيقية (الأوبرا والأوبرا كوميك	
والأوبريت والفودفيل)	٣٢١
الحركات والاستعراضات المصحوبة بالموسيقى (الرقص	
والتمثيل والاستعراضات المسرحية والألعاب	
الرياضية)	٣٢٢
المصنف السينمائي	٣٢٢
الفرق ما بين المصنفات الموسيقية وبين المصنفات الأدبية	
والمصنفات الفنية	٣٢٢

صفحة

عناصر المصنف الموسيقى :	٣٢٣
الحن الموسيقى (الميلودي)	٣٢٣
التوافق الموسيقى (الهارموني)	٣٢٣
الإيقاع الموسيقى (الريتم)	٣٢٣
المصنفات الموسيقية المشتقة من مصنفات سابقة	٣٢٣
التحويل (نقل المصنف من آلة موسيقية إلى آلة	٣٢٤
موسيقية أخرى)	٣٢٤
التوزيع (الجمع والتأليف بين مصنفات موسيقية متعددة)	٣٢٤
مبحث الثاني - المؤلف	٣٢٥
القاعدة العامة - المؤلف هو المبتكر - إقامة الدليل على ذاتيته	٣٢٥
حالات خاصة	٣٢٧
المطلب الأول - المصنفات التي يكلف مؤلفوها بوضعها	٣٢٧
التكليف بموجب عقد مقاول	٣٢٧
التكليف بموجب عقد عمل	٣٢٨
المطلب الثاني - المصنفات التي تحمل اسما مستعارا أو	
لا تحمل أى اسم	٣٣١
العهد الأول - عندما يستبق المؤلف اسمه مستورا	٣٣١
العهد الثاني - عندما يكشف المؤلف عن شخصيته	٣٣٣
المطلب الثالث - المصنفات التي يتعدد فيها المؤلف	٣٣٤
المصنف الجماعى (المعاجم ودوائر المعارف)	٣٣٤
الفرض الأول - أعمال المؤلفين لا يمكن تمييزها	
بعضها عن بعض	٣٣٥
الفرض الثاني - عمل كل مؤلف متميز عن عمل الآخر	٣٣٦
المصنف المشترك (اشتراك أكثر من مؤلف فى مصنف واحد)	٣٣٦
لا يمكن تمييز نصيب كل من المؤلفين فى المصنف المشترك	٣٣٧
يمكن تمييز نصيب كل من المؤلفين فى المصنف المشترك	٣٣٩
صور خاصة من الاشتراك :	٣٤٠
مصنفات الموسيقى الغنائية	٣٤١
الحركات والاستعراضات المصحوبة بموسيقى	٣٤٣
المصنفات السينمائية والمصنفات المعدة للإذاعة اللاسلكية	
أو للتلفزيون	٣٤٥

صفحة

من يعتبر شريكاً في تأليف المصنف السينمائي أو الإذاعي	
أو التلفزيوني (محرر المصنف الأدبي - مؤلف السيناريو -	
مؤلف الحوار - واضع الموسيقى - المخرج - مؤلف المصنف	
الأصل - الممثلون - المنتج)	٣٤٦
حقوق المؤلف الثابتة للشركاء في المؤلف السينمائي أو الإذاعي	
أو التلفزيوني	٣٤٩
الصور والذين تمثلهم هذه الصور	٣٥٤
لفرع الثاني - حقوق المؤلف وطرق حمايتها	٣٥٧
للمبحث الأول - حقوق المؤلف	٣٥٧
مذهب وحدة حق المؤلف	٣٥٨
مذهب ازدواج حق المؤلف : الحق المالي والحق الأدبي	٣٥٩
المطلب الأول - الحق المالي أثناء حياة المؤلف	٣٦٠
نطاق الحق المالي وجواز التصرف فيه	٣٦٠
§ ١ - النشر أو نسخ نماذج أوصور للمصنف (النقل غير	
المباشر للجمهور)	٣٦٢
مضمون حق النشر	٣٦٢
الوسائل المختلفة للنشر	٣٦٢
الرخص والإباحات التي لا تدخل في مضمون النشر :	٣٦٥
أولاً - النقل للاستعمال الشخصي	٣٦٥
ثانياً - النشر على سبيل الإخبار	٣٦٨
ثالثاً - النقل لتأييد ما هو منشور أو للمناقشة والنقد	٣٧١
مشتقات المصنف الأصل التي تدخل في مضمون حق النشر	٣٧٣
صور الاشتقاق المختلفة	٣٧٤
ترجمة المصنف الأصل - الترجمة إلى اللغة العربية	٣٧٥
§ ٢ - الأداء العلني (النقل المباشر للجمهور)	٣٧٧
ما هو الأداء العلني	٣٧٧
وسائل الأداء العلني :	٣٧٧
الأداء بطريق الراديو والتلفزيون	٣٧٨
الأداء بطريق السينما والفونوغراف	٣٨٠
علانية الأداء	٣٨١
مجانبة الأداء بالنسبة إلى الجمهور	٣٨٢

صفحة

§ ٣ - تصرف المؤلف في حقه المالى ٣٨٢

جواز أن ينقل المؤلف حقه المالى إلى الغير ٣٨٢

عقد النشر ٣٨٤

عقد العرض المسرحى ٣٨٦

طرق تقدير المقابل لحق المؤلف المالى ٣٨٧

بطلان التصرف في مجموع الإنتاج الفكرى المستقبل ٣٨٩

التصرف في النسخة الأصلية من المصنف ٣٩٠

الحجز على حقوق المؤلف ٣٩٢

المطلب الثانى - الحق المالى بعد موت المؤلف ٣٩٥

انتقال الحق المالى إلى خلفاء المؤلف بعد موته لمدة معينة ٣٩٥

§ ١ - خلفاء المؤلف ٣٩٥

الورثة ٣٩٥

الموصى لهم ٣٩٦

باقى الشركاء في المصنف ٣٩٨

§ ٢ - مدة حماية الحق المالى بعد موت المؤلف ٣٩٩

مدة الحماية في الأصل نحمون عاما بعد موت المؤلف ٣٩٩

المصنفات الفوتوغرافية والسينمائية غير المصطبغة بطابع إنشائى

مدة حمايتها خمسة عشر عاما من تاريخ أول نشر المصنف ٤٠٢

الأصل أن يبدأ سريان مدة الحماية من وقت موت المؤلف ٤٠٢

المصنفات المشتركة ٤٠٢

المصنفات التى تنشر لأول مرة بعد وفاة المؤلف ٤٠٣

والاستثناء أن يبدأ سريان مدة الحماية من وقت نشر المؤلف ٤٠٤

المصنفات الفوتوغرافية والسينمائية غير المصطبغة بطابع

إنشائى ٤٠٤

المصنفات التى يكون مؤلفوها أشخاصا معنوية ٤٠٥

المصنفات التى تنشر غفلا من اسم المؤلف أو تنشر باسم مستعار ٤٠٥

المصنف متعدد الأجزاء ٤٠٧

المصنف متعدد الطبقات ٤٠٧

المطلب الثالث - الحق الأدبى للمؤلف ٤٠٨

خصائص الحق الأدبى للمؤلف ٤٠٨

مضمون الحق الأدبى للمؤلف ٤٠٩

صفحة

§ ١ - حق المؤلف في تقرير نشر مصنفه ... ٤٠٩

(أ) . حق تقرير النشر في حياة المؤلف ... ٤٠٩

أثر إلزام العقد للمؤلف بالنشر ... ٤١٠

الفرض الأول - قوة قاهرة حالت دون إنجاز العمل ... ٤١٠

الفرض الثاني - المؤلف لا يرضى عن عمله ... ٤١٠

الفرض الثالث - المؤلف يسعى استعمال حقه الأدبي ويختاره

تكثيرة لعدم التسليم ... ٤١١

(ب) . حق تقرير النشر بعد موت المؤلف ... ٤١٢

مباشرة الوزير المختص لنشر المصنف عند امتناع خلفاء المؤلف

عن نشره ... ٤١٣

§ ٢ - حق المؤلف في نسبة مصنفه إليه ... ٤١٥

(أ) . الحق في نسبة المصنف حالة حياة المؤلف ... ٤١٥

(ب) . الحق في نسبة المصنف بعد موت المؤلف ... ٤١٥

§ ٣ - حق المؤلف في دفع الاعتداء عن مصنفه ... ٤١٦

(أ) . الحق في دفع الاعتداء حال حياة المؤلف ... ٤١٦

(ب) . الحق في دفع الاعتداء بعد موت المؤلف ... ٤١٨

§ ٤ - حق المؤلف في سحب مصنفه من التداول ... ٤١٨

(أ) . الحق في سحب المصنف حال حياة المؤلف ... ٤١٨

(ب) . الحق في سحب المصنف بعد موت المؤلف ... ٤٢٠

المبحث الثاني - طرق حماية حقوق المؤلف ... ٤٢١

نطاق حماية حقوق المؤلف من حيث المكان ... ٤٢١

نطاق حماية حقوق المؤلف من حيث الزمان ... ٤٢٢

المطلب الأول - الطريق المدني ... ٤٢٥

§ ١ - التنفيذ العيني ... ٤٢٥

الإجراءات التحفظية السابقة على التنفيذ العيني ... ٤٢٥

التنظيم من الأمر الصادر بالإجراءات التحفظية ... ٤٢٧

الحكم في أصل النزاع ... ٤٢٨

§ ٢ - التفويض - حالات ثلاث : ... ٤٢٩

الحالة الأولى - حق المؤلف ينتهي بعد مدة تقل عن سنتين ... ٤٣٠

صفحة

الحالة الثانية - النزاع المطروح خاص بترجمة مصنف	
إلى اللغة العربية	٤٣١
الحالة الثالثة - النزاع المطروح خاص بحقوق المؤلف الممارى	٤٣٢
المطلب الثانى - الطريق الجنائى	٤٣٣
الجرائم والعقوبات الأصلية	٤٣٣
العقوبات التبعية	٤٣٤
حالة العود	٤٣٥
جريمة عدم الإيداع فى دار الكتب وعقوبتها	٤٣٥
الفصل الثانى - حقوق أخرى على أشياء غير مادية	
(الحقوق المتعلقة بالرسالة وحق المخترع)	
الفرع الأول - الحقوق المتعلقة بالرسالة	٤٣٧
ماهى الرسالة - الحقوق المتنوعة التى تتعلق بها	٤٣٧
§ ١ - حق الملكية المادية	٤٣٨
انتقال ملكية الرسالة إلى المرسل إليه بمجرد تسليمه إياها	٤٣٨
انتقال ملكية الرسالة إلى ورثة المرسل إليه	٤٣٩
سلطة المرسل إليه كمالك للرسالة	٤٤٠
§ ٢ - الحق فى السرية	٤٤٠
الأساس الذى يقوم عليه الحق فى السرية	٤٤٠
الرسائل التى تتمتع بالحق فى السرية والأشخاص الذين يجوز لهم	
التمسك بهذا الحق	٤٤١
جزاء انتهاك حرمة السرية	٤٤٢
§ ٣ - حق المؤلف	٤٤٣
للمرسل حق المؤلف على الرسالة	٤٤٣
تقييد حق المؤلف بملكية الرسالة المادية وبالحق فى السرية	٤٤٤
§ ٤ - الحق فى الإثبات	٤٤٥
قيمة الرسالة فى الإثبات	٤٤٥
متى يجوز المرسل إليه أن يحتج بالرسالة	٤٤٦
متى يجوز للغير أن يحتج بالرسالة	٤٤٧
الفرع الثانى - حق المخترع (الملكية الصناعية)	٤٤٨
الأنواع الرئيسية لحق المخترع أو الملكية الصناعية	٤٤٨

الصفحة

المبحث الأول - براءات الاختراع ٤٥٠

حق المخترع ووجوب حمايته ٤٥٠

١ § - الشروط الواجب توافرها في حق المخترع لمنح

براءة الاختراع ٤٥١

الشرط الأول - أن ينطوي الاختراع على ابتكار ... ٤٥١

الشرط الثاني - أن يكون الابتكار جديداً ... ٤٥٢

الشرط الثالث - أن يكون الاختراع قابلاً للاستغلال الصناعي ٤٥٣

الشرط الرابع - ألا يكون في الاختراع إخلال بالآداب أو

بالنظام العام ٤٥٤

٢ § - واجبات صاحب براءة الاختراع وحقوقه ... ٤٥٥

الإجراءات الواجب اتباعها للحصول على براءة الاختراع وقيدتها

في السجل الخاص ٤٥٥

واجبات صاحب براءة الاختراع ٤٥٨

حقوق صاحب براءة الاختراع ٤٥٩

٣ § - طرق حماية براءة الاختراع ٤٦٠

الإجراءات التحفظية ٤٦٠

الجزاء المدني ٤٦١

الجزاء الجنائي ٤٦١

المبحث الثاني - الرسوم والنماذج الصناعية والعلامات والبيانات

التجارية ٤٦٢

المطلب الأول - الرسوم والنماذج الصناعية ... ٤٦٢

ما هي الرسوم والنماذج الصناعية ٤٦٢

إجراءات قيد الرسم أو النموذج في سجل الرسوم والنماذج الصناعية ٤٦٢

واجبات وحقوق صاحب الرسم أو النموذج ... ٤٦٣

طرق حماية الرسوم والنماذج الصناعية ٤٦٤

المطلب الثاني - العلامات والبيانات التجارية ... ٤٦٥

ما هي العلامات التجارية ٤٦٥

إجراءات تسجيل العلامات التجارية ٤٦٨

واجبات وحقوق صاحب العلامة التجارية ... ٤٧٠

البيانات التجارية ٤٧٢

طرق حماية العلامات والبيانات التجارية ... ٤٧٤

القسم الثانى

حق الملكية

تمهيد

- الأساس الذى يقوم عليه حق الملكية ومشروعية هذا الحق ... ٤٧٩
- حق الملكية هو أوسع الحقوق المعينة نطاقا ... ٤٧٩
- اختلاف الأنظار فى الأساس الذى يقوم عليه حق الملكية ... ٤٧٩
- العمل هو الأساس المشروع الذى تقوم عليه الملكية الفردية ٤٨٠
- التطور التاريخى لحق الملكية فى غرب أوربا ... ٤٨١
- المهود الرومانية : من ملكية جماعية إلى ملكية فردية مبسطة ٤٨١
- المصور الوسطى والعادات الجرمانية : تعقد الملكية الإقطاعية وانقسامها إلى ملكية أصلية وملكبة فعلية ... ٤٨٢
- الثورة الفرنسية : تخلص الملكية من ألقائها الإقطاعية وتقديس الملكية الفردية ... ٤٨٣
- التقنين المدنى الفرنسى : بقاء الملكية الفردية أشد ما تكون إطلاقا ... ٤٨٣
- التطور التاريخى لحق الملكية فى البلاد الإسلامية وفى مصر ... ٤٨٤
- الأرض العشورية والأرض الخراجية ... ٤٨٤
- أراضى مصر أراضى خراجية فى العهد العربى ... ٤٨٥
- مسح الأراضى المصرية وبقاؤها خراجية فى عهد محمد على ... ٤٨٥
- اللائحة السعيدية والتوسيع فى حقوق أصحاب الأراضى على أراضهم الخراجية ... ٤٨٦
- جعل الأتبان الخراجية مملوكة ملكية تامة لأصحابها بالأمر العالى الصادر فى ١٥ أبريل سنة ١٨٩١ ... ٤٨٨
- الاتجاهات الحديثة بالنسبة إلى حق الملكية ... ٤٨٩
- انتكاص الملكية الفردية تحت ضغط التيارات الاشتراكية ٤٨٩
- تكاثر القيود التى تحيط بالملكية الفردية وظهور الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية ... ٤٨٩
- انحسار الملكية الفردية عن الأرض والمقار واتساع رقعتها فى المنقول ... ٤٩٠
- التعديلات الجوهرية التى أدخلها التقنين المدنى الجديد فى حق الملكية ٤٩٠
- تنظيم حق الملكية تنظيما مفعلا فى التقنين المدنى الجديد ... ٤٩٠

الانتقال بحق الملكية في التقنين المدني الجديد من حق مطلق إلى حق
له وظيفة اجتماعية ٤٩١
كثرة القيود التي أحاط بها التقنين المدني الجديد حق الملكية ... ٤٩١

الباب الأول

حق الملكية بوجه عام

نطاقه ووسائل حمايته

الفصل الأول - حق الملكية بوجه عام

- تعريف حق الملكية ٤٩٢
عناصر حق الملكية وخصائصه ٤٩٣
الحق الملكية وظيفته اجتماعية ٤٩٣
الفرع الأول - عناصر حق الملكية وخصائصه ٤٩٦
المبحث الأول - عناصر حق الملكية ٤٩٦
الاستعمال والاستغلال والتصرف ٤٩٦
المطلب الأول - الاستعمال والاستغلال ٤٩٦
١ - الاستعمال ٤٩٦
قيود الاستعمال ٤٩٨
عدم الاستعمال كالاستعمال حق للمالك ٤٩٨
٢ - الاستغلال ٤٩٩
قيود الاستغلال ٥٠٠
عدم الاستغلال كالاستغلال حق للمالك ٥٠٠
المطلب الثاني - التصرف والشروط الإرادية المانعة من التصرف ٥٠١
المقصود بالتصرف نقل الملكية أو عنصر من عناصرها ... ٥٠١
قيود يفرضها القانون على التصرف ٥٠٣
قيود تفرضها الإرادة على التصرف - الشروط الإرادية المانعة
من التصرف ٥٠٤
١ - متى يصبح الشرط المانع من التصرف ٥٠٥
التصرفات التي تتضمن الشرط المانع من التصرف (عقد
أوصية) ٥٠٦
(١) الباعث المشروع ٥٠٩

صفحة	
٥٠٩	متى يكون الباعث مشروعاً
٥١٠	مصلحة مشروعة للمتصرف
٥١١	مصلحة مشروعة للمتصرف له
٥١٢	مصلحة مشروعة للغير
٥١٢	حكم التصرف الذى يتضمن شرطاً مانعاً ليس له باعث مشروع
٥١٣	(ب) المدة المعقولة
٥١٣	المنع الدائم والمنع المؤقت
٥١٤	الشرط المانع مدى حياة المتصرف
٥١٥	الشرط المانع مدى حياة المتصرف له
٥١٦	الشرط المانع مدى حياة الغير
٥١٦	حكم التصرف الذى يتضمن شرطاً مانعاً مدته غير معقولة
٥١٧	§ ٢ - الجزء الذى يترتب على قيام الشرط المانع من التصرف
٥١٧	ما يترتب على قيام الشرط المانع من التصرف
٥٢٠	حكم التصرف المخالف للشرط المانع - القضاء الفرنسى
٥٢٢	الاعتراضات الموجهة للقضاء الفرنسى فى هذا الصدد
٥٢٤	البطلان فى التقنين المصرى بطلان مطلق بموجب نص تشريعى
٥٢٨	المبحث الثانى - خصائص حق الملكية
٥٢٨	خصائص ثلاث لحق الملكية : الملكية حق جامع مانع دائم
٥٢٩	المطلب الأول - الملكية حق جامع مانع
٥٢٩	الملكية حق جامع
٥٣٠	الملكية حق مانع
٥٣٢	ما يرد من القيود على أن الملكية حق جامع مانع
٥٣٤	المطلب الثانى - الملكية حق دائم
٥٣٤	الملكية حق دائم بالنسبة إلى الشيء المملوك لا بالنسبة إلى شخص المالك
٥٣٤	المعنى الأول لدوام حق الملكية - الملكية بطبيعتها غير مؤقتة
٥٣٦	المعنى الثانى لدوام حق الملكية - الملكية لا تزول بعدم الاستعمال
٥٣٩	المعنى الثالث لدوام حق الملكية - الملكية لا يجوز أن تقترب بأجل حجج القائلين بجواز اقتران الملكية بأجل والرد على هذه الحجج
٥٤١	الفرع الثانى - الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية
٥٤٥	ما ورد فى الأعمال التحضيرية فى شأن الوظيفة الاجتماعية
٥٤٥	لحق الملكية

صفحة

المشروع التمهيدى للمادة ٨٠٢ مدنى يشير إلى مالق الملكية من

وظيفة اجتماعية ٥٤٦

ما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الشأن ٥٤٦

حذف عبارة « الوظيفة الاجتماعية » فى لجنة مجلس الشيوخ

لأنها أشكال بالإيضاحات الفقهية ولأن فى التطبيقات التى

أوردها المشروع ما يفتى عنها ٥٤٨

المبحث الأول - الملكية حق ذاتى ولها وظيفة اجتماعية ٥٥٠

§ ١ - الملكية حق ذاتى ٥٥٠

الملكية حق ذاتى فى عناصره وخصائصه ٥٥٠

الملكية حق ذاتى فى نطاقه ٥٥١

الملكية حق ذاتى فى حمايته ٥٥١

الملكية الذاتية ثمرة العمل وجزاؤه الحق ٥٥٢

الملكية الذاتية أقوى حافز على العمل وخير ضمان للاستقلال الشخصى ٥٥٢

§ ٢ - للملكية وظيفة اجتماعية ٥٥٣

الأساس الذى تقوم عليه الوظيفة الاجتماعية للملكية ٥٥٣

مبدأ التضامن الاجتماعى ٥٥٤

المالك مدين للمجتمع بما كسب ٥٥٤

تقييد حق الملكية للمصلحة العامة ٥٥٥

تقييد حق الملكية للمصلحة الخاصة ٥٥٦

أعمال سلبية تطلب من المالك ليقوم بما للملكية من

وظيفة اجتماعية ٥٥٧

أعمال إيجابية يتدخل بها الغير فى انتفاع المالك بمكة ... ٥٥٨

أعمال إيجابية يجبر عليها المالك لمصلحة الغير ٥٥٩

المبحث الثانى - التمييز بين مناطق مختلفة فى الوظيفة الاجتماعية

لحق الملكية ٥٦٢

المناطق المختلفة فى الملكية وتفاوتها بالنسبة إلى الوظيفة الاجتماعية ٥٦٢

§ ١ - منطقة الاستهلاك ومنطقة الخدمات العامة ٥٦٣

فى منطقة الاستهلاك أو الملكية الشخصية لا تظهر الوظيفة

الاجتماعية لحق الملكية ٥٦٣

فى منطقة الخدمات العامة (الصحة والتعليم والتأمينات الاجتماعية

إلخ) على عكس منطقة الاستهلاك تبرز الوظيفة الاجتماعية لحق

الملكية بوضوح واضحاً ٥٦٤

مفتة

§ ٢ - منطقة الإنتاج ٥٦٥

الإنتاج يسوده بوجه عام النشاط الفردي ٥٦٥

٥٦٦ مظاهر الوظيفة الاجتماعية للملكية في منطقة الإنتاج ...
للدولة حق التوجيه والرقابة على النشاط الفردي في

منطقة الإنتاج ٥٦٦

٥٦٧ للمجتمع حصة معلومة في ملكية الإنتاج ...

٥٦٧ العدالة الاجتماعية في التوزيع بين رأس المال والعمل ...

٥٦٧ الملكية الفردية وملكية المشروع ...

المفصل الثاني - نطاق حق الملكية ووسائل حمايته

لفرع الأول - نطاق حق الملكية ٥٦٨

المبحث الأول - شمول الملكية الشيء ذاته - الأرض وما

فوقها وما تحته ٥٦٨

§ ١ - الأرض علوا وعمقا ٥٧٠

٥٧٠ مالك سطح الأرض يعتبر مالكا للعلو والعمق ...

٥٧٢ ملكية العلو

ليس للمالك أن يمارض فيما يقام من عمل على مسافة من العلو بحيث

٥٧٢ لا تكون له أية مصلحة في منعه ...

لا يجوز للمالك منع مرور الأسلاك الكهربائية أو التلغرافية

٥٧٣ أو التليفونية فوق أرضه إذا كان ذلك لا يحدث له ضررا

لا يجوز للمالك منع تحليق الطائرات فوق أرضه - تنظيم

٥٧٤ الملاحة الجوية

٥٧٥ ملكية العمق

ليس للمالك أن يمارض فيما يقام من عمل على مسافة من العمق

٥٧٦ بحيث لا تكون له أية مصلحة في منعه ...

لا يجوز للمالك منع مرور أنابيب المياه تحت أرضه إذا كان

٥٧٦ ذلك لا يحدث له ضررا

٥٧٦ المواد المعدنية والخامات في المناجم والمهاجر ملك للدولة ...

§ ٢ - المواد المعدنية والخامات في المناجم والمهاجر ٥٧٦

٥٧٦ قانون المناجم والمهاجر رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ ...

٥٧٧ المواد المعدنية بالمناجم وخامات المهاجر تعتبر من أموال الدولة ...

صفحة

المواد المعدنية بالمناجم	٥٧٨
مرحلة الكشف	٥٧٩
مرحلة البحث	٥٧٩
مرحلة الاستغلال	٥٨٠
حقوق مالك الأرض التي يوجد المنجم في باطنها	٥٨١
خامات المحاجر	٥٨٢
تراخيص استغلال المحاجر	٥٨٢
حقوق مالك الأرض التي يوجد بها المحجر	٥٨٣
أحكام مشتركة للمناجم والمحاجر	٥٨٤
القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٦٣ (تأميم الأصول المستخدمة في	
استغلال المناجم والمحاجر)	٥٨٤
المبحث الثاني - امتداد الملكية إلى الملحقات والثمار والمنتجات	٥٨٥
الملحقات	٥٨٦
الفرق بين أصل الشيء وملحقاته	٥٨٧
تطبيقات مختلفة لما يعتبر من الملحقات	٥٨٧
الثمار	٥٨٨
الثمار الطبيعية	٥٨٨
الثمار الصناعية	٥٨٩
الثمار المدفونة	٥٨٩
المنتجات	٥٨٩
التمييز بين المنتجات والثمار	٥٨٩
أهمية هذا التمييز	٥٩٠
الفرع الثاني - وسائل حماية حق الملكية	٥٩١
دعوى الاستحقاق وعدم جواز نزع الملكية جبراً على صاحبها	
إلا بشروط	٥٩١
المبحث الأول - دعوى الاستحقاق	٥٩١
دعوى الاستحقاق بوجه عام وطرق إثبات الملكية في دعوى	
الاستحقاق	٥٩١
§ ١ - دعوى الاستحقاق بوجه عام	٥٩١
محل دعوى الاستحقاق	٥٩١
طرفا دعوى الاستحقاق	٥٩١

صفحة

المدعى فى دعوى الاستحقاق	٥٩٣
المدعى عليه فى دعوى الاستحقاق	٥٩٥
دعوى الاستحقاق المقولة	٥٩٧
دعاوى الملكية ودعاوى الحيازة	٥٩٨
عدم سقوط دعوى الاستحقاق بالتقادم	٥٩٩
مايستتبع الحكم بالاستحقاق من حقوق فى الرد	٦٠٠
إثبات الملكية فى دعوى الاستحقاق	٦٠١
§ ٢ - طرق إثبات الملكية فى دعوى الاستحقاق	٦٠٢
طرق إثبات دلالتها يقينية	٦٠٢
السجل العيى	٦٠٣
التقادم المكسب الطويل أو القصير	٦٠٣
الحساسة	٦٠٤
طرق إثبات دلالتها ظنية	٦٠٥
سند التملك	٦٠٥
قرائن أخرى قضائية (المكلفة - دنع الضرائب - الحدود -	
خريطة فك الزمام . الخ)	٦٠٦
تعارض طرق الإثبات	٦٠٧
القواعد التى وضعها القضاء الفرنسى فى إثبات الملكية	٦٠٨
الصورة الأولى - يوجد سند تملك عند كل من الخصمين	٦٠٩
الصورة الثانية - لا يوجد سند تملك عند أى من الخصمين	٦١١
الصورة الثالثة - يوجد سند تملك عند أحد الخصمين دون الآخر	٦١٣
نظرة تقديرية للقواعد التى وضعها القضاء الفرنسى فى إثبات الملكية	٦١٤
المبحث الثانى - عدم جواز نزع الملكية جبراً على صاحبها إلا بشروط	٦١٥
مساس الإدارة بحق الملكية ونزع الملكية للمنفعة العامة	٦١٧
§ ١ - مساس الإدارة بحق الملكية	٦١٧
أعمال الإدارة الماسة بحق الملكية	٦١٧
اعتداء الإدارة على حق الملكية عن طريق أعمال مادية أو عن طريق	
أوامر إدارية	٦١٨
الاستيلاء المؤقت	٦٢٠
حالات الاستيلاء المؤقت	٦٢١
إجراءات الاستيلاء المؤقت	٦٢١
التعويض عن الاستيلاء المؤقت	٦٢٢

صفحة

الحراسة	٦٢٢
حراسة الطوارئ وحراسة التعمية وحراسة الأمن	٦٢٢
ما يترتب على فرض الحراسة	٦٢٤
نزع ملكية الذين وضعوا تحت الحراسة دون تعويض فيما	
يزيد على مبلغ معين	٦٢٥
التأميم	٦٢٦
الطريقة الأولى - نقل ملكية المشروع مباشرة إلى الدولة	
فزل شخصيته الاعتبارية	٦٢٦
الطريقة الثانية - احتفاظ المشروع بكيانه والاقتصار على	
نقل ملكية الأسهم إلى الدولة	٦٢٧
الطريقة الثالثة - سحب التزام المرافق العامة	٦٢٩
وجوب التعويض عن التأميم - الفرق بين التأميم والمصادرة	٦٢٩
٢ - نزع الملكية للمنفعة العامة	٦٣٠

قانون نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين (القانون

رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤)	٦٣٠
الضمانات التي تكفل حماية الملكية الخاصة في قانون نزع الملكية	
للمنفعة العامة	٦٣١
الضمان الأول - عدم جواز نزع الملكية الخاصة إلا في الأحوال	
التي يقررها قانون نزع الملكية	٦٣١
تحقيق منفعة عامة	٦٣٢
تحقيق التحسين أو التجميل	٦٣٢
الضمان الثاني - وجوب اتباع الإجراءات التي رسمها قانون نزع	
الملكية	٦٣٢
بيان المشروع المطلوب اعتباره من أعمال المنفعة العامة أو من	
أعمال التحسين	٦٣٢
حصص العقارات المطلوب نزع ملكيتها	٦٣٢
نقل ملكية العقار المنزوع ملكيته	٦٣٣
الاستيلاء المؤقت على العقار في حالة الاستمجال	٦٣٤
الضمان الثالث - وجوب تعويض المالك المنزوع ملكيته تعويضاً	
عادلاً	٦٣٤
اعتراض المالك على تقدير التعويض	٦٣٥
قواعد تراعى فيما يتعلق بالتعويض	٦٣٦

الباب الثانى

القيود التى ترد على حق الملكية

- ٦٣٨ ... تنوع القيود التى ترد على حق الملكية ...
 ٦٣٨ ... طبيعة هذه القيود وهل هى حقوق ارتفاق ...
 هى قيود تمثل التنظيم العام المؤلف لحق الملكية وليست
 ٦٣٩ ... بحقوق ارتفاق ..
 ما يترتب من النتائج على أن هذه القيود القانونية ليست
 ٦٣٩ ... بحقوق ارتفاق ...
 اختلاف الفقه فى فرنسا وفى مصر فى تكييف طبيعة
 هذه القيود ...
 ٦٤١ ... تقسيم قيود الملكية إلى قيود للمصلحة العامة وأخرى للمصلحة
 الخاصة ...
 ٦٤٢ ...

الفصل الأول - قيود ترد على حق الملكية للمصلحة العامة

- نوعان من القيود : قيود ترد على حق الملكية بعد قيامه وقيود
 ترد على الحق فى التملك ...
 ٦٤٣ ...
 الفرع الأول - قيود ترد على حق الملكية بعد قيامه ...
 ٦٤٣ ...
 قيود متنوعة تقررها القوانين واللوائح وتدخل فى مباحث
 القانون الإدارى ...
 ٦٤٤ ...
 أمثلة لما مر من هذه القيود : حقوق الارتفاق الإدارية - نزع
 الملكية للمنفعة العامة - الاستيلاء المؤقت - الحراسة - التأميم
 ٦٤٤ ...
 أمثلة أخرى :
 ٦٤٤ ...
 المهال المقلقة لراحة والمفسدة بالصحة والخطرة ...
 ٦٤٥ ...
 تركيب الآلات البخارية ...
 ٦٤٧ ...
 الزراعات المنوعة ...
 ٦٤٨ ...
 حماية الآثار التاريخية ...
 ٦٤٨ ...
 الفرع الثانى - قيود ترد على الحق فى التملك ...
 ٦٥٠ ...
 المبحث الأول - قيود واردة فى قانون الإصلاح الزراعى ...
 ٦٥٠ ...
 ما اشتمل عليه قانون الإصلاح الزراعى من القيود ...
 ٦٥٠ ...
 § ١ - الأصل العام للمحد الأقصى الجائز تملكه من الأراضى
 الزراعية ...
 ٦٥١ ...

صفحة

- ٦٥١ الحد الأقصى لملك الفرد للأرض الزراعية بحسب قانون سنة ١٩٥٢
- ٦٥١ الحد الأقصى هو ٢٠٠ فدان
- ٦٥٢ احتياطات وقائية لمنع التحايل
- التصرف فيما زاد على الحد الأقصى للأولاد بما لا يزيد
- ٦٥٤ على ١٠٠ فدان
- التصرف فيما زاد على ذلك لصغار الزراع ولحريجي
- ٦٥٤ المعاهد الزراعية
- استيلاء الحكومة على ما زاد بعد ذلك في مقابل تعويض
- ٦٥٥ يعطى سندات على الحكومة
- ٦٥٦ الحد الأقصى لملك الفرد للأرض الزراعية بحسب قانون سنة ١٩٦١
- ٦٥٦ الحد الأقصى هو ١٠٠ فدان
- استيلاء الحكومة على كل المقدار الزائد في مقابل تعويض
- ٦٥٧ يعطى سندات على الحكومة
- القانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٦٤ يلغى التعويض المستحق
- ٦٥٧ للمالك بموجب قانون سنة ١٩٥٢ وسنة ١٩٦١
- ٦٥٨ عدم جواز التملك لما يزيد على الحد الأقصى
- بطلان أسباب التملك التي ترجع لإرادة المالك (العقد والأخذ
- ٦٥٨ بالشفعة والاستيلاء)
- استيلاء الحكومة على الزيادة في الأسباب التي لا ترجع لإرادة
- ٦٦١ المالك (الميراث والوصية والالتصاق والتقدم)
- ٦٦١ الحد الأقصى لملك الأسرة للأرض الزراعية
- الحد الأقصى هو ٣٠٠ فدان بموجب القانون رقم ٢٤
- ٦٦١ لسنة ١٩٥٨
- ٦٦٣ سقوط هذا الحد الأقصى في نصوص قانون سنة ١٩٦١
- ٦٦٤ توزيع الأراضي المستولى عليها على صغار الفلاحين
- ٦٦٤ الشروط الواجب توافرها فيمن توزع عليهم الأراضي ..
- ٦٦٥ الثمن الذي يدفعه صغار الفلاحين للأراضي التي توزع عليهم
- ٦٦٥ قيام بلان فرعية بعمليات الاستيلاء والتوزيع
- § ٢ - الاستثناءات من الأصل العام للحد الأقصى الجائز تملكه
- ٦٦٧ من الأراضي الزراعية
- ٦٦٨ الشركات والجمعيات المشتغلة باستصلاح الأراضي الزراعية ...
- الشركات الصناعية (كشركة السكر وشركات مستخرجات الألبان) ٦٧٠
- الجمعيات الزراعية العلمية الموجودة قبل صدور قانون الإصلاح
- ٦٧٠ الزراعي سنة ١٩٥٢

صفحة

الجمعية الخيرية الموجودة قبل صدور قانون الإصلاح الزراعى	
سنة ١٩٥٢	٦٧٠
الدائن الراسى عليه المزار	٦٧١
الوقف الخيرى	٦٧٣
للمبحث الثانى - قيود على حق الأجانب فى التملك	٦٧٤

تسلسل القوانين التى تحد من حق الأجانب فى التملك	٦٧٤
الأمر العسكري رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ والقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ (منع تملك الأراضى الصحراوية)	٦٧٥
القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ (منع تملك الأراضى الزراعية فى المستقبل)	٦٧٧
القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ (منع تملك الأراضى الزراعية وما فى حكمها فى المستقبل وفى الماضى بأثر رجعى)	٦٧٨
استيلاء الحكومة على الأراضى المملوكة للأجانب فى مقابل تمويض يعطى سندات على الحكومة	٦٨٠
عدم أهلية الأجنبى لملك أراض زراعية فى مصر	٦٨٢

الفصل الثانى - قيود ترد على حق الملكية للمصلحة الخاصة

تصنيف هذه القيود - رجوعها جميعاً إلى فكرة الجوار	٦٨٢
الفرع الأول - القيود التى ترجع إلى الجوار بوجه عام (مضار الجوار غير المألوفة)	٦٨٤
للمبحث الأول - تحديد حالة مضار الجوار غير المألوفة	٦٨٦

وجوب التمييز بين حالات ثلاث : الخطأ فى استعمال حق الملكية والتعسف فى استعمال حق الملكية ومضار الجوار غير المألوفة	٦٨٦
١ - الخطأ فى استعمال حق الملكية	٦٨٧

مخالفة المالك للقوانين واللوائح	٦٨٧
ارتكاب المالك خطأ	٦٨٧

٢ - التعسف فى استعمال حق الملكية	٦٨٩
----------------------------------	-----

فصد الإضرار بالغير	٦٨٩
رجحان الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً	٦٩٠
عدم مشروعية المصالح التى يرمى المالك إلى تحقيقها	٦٩٢

ملحة

§ ٣ - مضار الحوار غير المألوفة ٦٩٣

وجوب تمييز حالة مضار الحوار غير المألوفة عن الحالتين
السابقتين ٦٩٣
الشروط الواجب توافرها في حالة مضار الحوار غير المألوفة ٦٩٤
غلو المالك في استعماله لحق الملكية ٦٩٥
ضرر غير مألوف يصيب الجار بسبب هذا الغلو ٦٩٥
المبحث الثاني - تقدير الضرر غير المألوف والأساس القانوني الذي
يقوم عليه الالتزام بالتعويض عنه وكيف يكون هذا

التعويض ٦٩٦

§ ١ - تقدير الضرر غير المألوف ٦٩٦

اعتبارات مختلفة في تقدير الضرر غير المألوف (اعتبارات
موضوعية) ٦٩٦
العرف ٦٩٨
طبيعة العقارات ٦٩٨
موقع كل عقار بالنسبة إلى العقار الآخر ٦٩٨
الفرض الذي خصص له العقار ٦٩٩
سبق الترخيص الإداري للمالك لا يعفيه من المسؤولية نحو جاره ... ٦٩٩
الجار يستجد على المالك (أسبقية الاستقلال) ٧٠٠

§ ٢ - الأساس القانوني الذي يقوم عليه الالتزام بالتعويض

عن الضرر غير المألوف ٧٠١

اختلاف الفقه في فرنسا ٧٠٢
مسئولية المالك تقوم على التزام قانوني هو التزام الحوار ٧٠٣
مسئولية المالك تقوم على نظرية التعسف في استعمال الحق ... ٧٠٤
مسئولية المالك تقوم على نظرية تحمل التبعة ٧٠٥
مسئولية المالك تقوم على أن الغلو في استعمال حق الملكية يستلزم

التعويض ٧٠٥

بتأصيل مسؤولية المالك في القانون المصري ٧٠٦

نص صريح في التقنين المدني المصري يلزم المالك بآلا يفلو في

استعمال حقه أو يقيّد حق الملكية بعدم جواز الغلو ٧٠٧

مسئولية المالك تقوم على إخلاله بالتزام قانوني ٧٠٧

مسئولية المالك تقوم على خروجه عن حدود حق الملكية ٧٠٧

صفحة

§ ٣ - كيف يكون التعويض عن الضرر غير المألوف ... ٧٠٨

التعويض النقدي ... ٧٠٨

التعويض العيني ... ٧٠٩

الفرع الثاني - القيود التي ترجع إلى حالات خاصة في الجوار ٧١٠

المبحث الأول - الري والصرف ٧١٠

الشرب والمجرى والمسيل ... ٧١٠

§ ١ - الشرب ... ٧١٣

شروط الحصول على حق الشرب (تغليب مصلحة خاصة راجحة

على مصلحة خاصة مرجوحة) ... ٧١٥

الشرط الأول - للمالك مساقاة خاصة ... ٧١٦

الشرط الثاني - استوفى المالك حاجته من المساقاة ... ٧١٨

الشرط الثالث - للمالك جدار هو الذي له حق الشرب ... ٧١٩

الشرط الرابع - الجدار في حاجة إلى رى أرضه ... ٧٢١

الإجراءات الواجب اتباعها للحصول على حق الشرب والتعويض

الواجب دفعه ... ٧٢١

الإجراءات الواجب اتباعها ... ٧٢١

التعويض الواجب دفعه ... ٧٢٣

الإصلاحات الضرورية للمساقاة التي يعتمد المنتفعون بها ... ٧٢٥

اشتراك المنتفعين في القيام بها كل بنسبة مساحة أرضه ... ٧٢٧

قيام تفتيش الري بها على نفقة المنتفعين ... ٧٢٧

§ ٢ - المجرى والمسيل ... ٧٢٧

المسيل يقابل المجرى وقد يقابل الشرب ... ٧٣٠

الشروط الواجب توافرها لكل من حق المجرى وحق المسيل ... ٧٣١

الشرط الأول - من يطلب هذا الحق جدار لملك الأرض التي

يراد استعمال الحق فيها ... ٧٣١

الشرط الثاني - الجدار في حاجة إلى رى أرضه عن طريق

المجرى أو إلى صرف مياهه عن طريق المصرف ... ٧٣٣

إجراءات الحصول على حق المجرى وحق المسيل والتعويض

الواجب ... ٧٣٥

الإجراءات ... ٧٣٥

التعويض ... ٧٣٦

صفحة

تعدد المتفعين بالمصرف	٧٣٨
مسئولية مالك المروي أو المصرف	٧٣٨
المبحث الثاني - التلاصق في الجوار	٧٤٠
§ ١ - وضع الحدود	٧٤٠
الاتفاق وديا على وضع الحدود	٧٤٢
دعوى تعيين الحدود - خصائصها	٧٤٢
الحكمة المختصة بدعوى تعيين الحدود	٧٤٤
محل دعوى تعيين الحدود وطرفاها	٧٤٦
عمليات التحديد	٧٤٨
محضر التحديد وقوته في الإثبات	٧٤٩
نفقات التحديد	٧٥٠
تحويل الملك - إحالة	٧٥١
§ ٢ - حق المرور	٧٥٢
(أ) وحود أرض محبوسة عن الطريق العام	٧٥٤
لا منفذ للأرض إلى الطريق العام	٧٥٤
حق مرور متنازع فيه أو محمول على التسامح	٧٥٥
للأرض منفذ ولكنه غير كاف	٧٥٦
انفكاك الحبس عن الأرض المحبوسة	٧٥٧
(ب) الحصول على مرور ضروري لاستغلال الأرض واستعمالها على الوجه المألوف	٧٦٠
الممر اللازم هو الممر الكافي لاستغلال الأرض المحبوسة	٧٦٠
تغير حاجات الأرض المحبوسة وتغير الممر بتغيرها	٧٦١
أين يكون موضع الممر	٧٦٢
الحبس عن الطريق العام ناشئ عن تجهزة العقار بناء على تصرف قانوني	٧٦٥
أثر التقادم في تعيين موضع الممر	٧٧٠
(ج) التعويض	٧٧٢
تقدير التعويض	٧٧٢
عدم اشتراط تعجيل التعويض	٧٧٣
جواز المنع من المرور إلى حين استيفاء التعويض الواجب الأداء	٧٧٣
تقديم دعوى المطالبة بالتعويض	٧٧٤

صفحة

٧٧٥	§ ٣ - المطلات والمناور
٧٧٥	المطل المواجه والمطل المنحرف والمناور
٧٧٦	(١) المطل المواجه والمطل المنحرف
٧٧٩	قيد المسافة : متر للمطل المواجه ونصف متر للمطل المنحرف
٧٨٠	مجال تطبيق قيد المسافة
٧٨١	المطلات المعفاة من قيد المسافة
٧٨٣	المطلات المستوفية لقيد المسافة والمطلات غير المستوفية لهذا القيد
٧٨٧	(ب) المناور
٧٨٩	القيد في المناور هو في الارتفاع لا في المسافة
٧٩٠	حكم المناور المستوفية لشرط الارتفاع
٧٩١	حكم المناور غير المستوفية لشرط الارتفاع

الباب الثالث

الملكية الشائعة

٧٩٣	الملكية الشائعة بوجه عام والشيوع الإجبارى
-----	--------	---

الفصل الأول - الملكية الشائعة بوجه عام

٧٩٣	الملكية الشائعة في التتقين المدنى السابق والتتقين المدنى الجديد
٧٩٥	تعريف الملكية الشائعة وطبيعتها القانونية
٧٩٦	حق الشريك يقع على حصة معنوية من المال الشائع
٧٩٧	الملكية إما أن تكون ملكية فردية أو ملكية جماعية
٧٩٨	والملكية الفردية إما أن تكون ملكية مفرزة أو ملكية شائعة
	فالملكية الشائعة هى حق ملكية حقيقية وهى أحد نوعى
٨٠٠	الملكية الفردية
٨٠٠	مصادر الشيوع وأحكامه وأسباب انقضاء
٨٠١	مصادر الشيوع
٨٠٢	أحكام الشيوع
٨٠٣	أسباب انقضاء الشيوع
٨٠٤	تفرع الأول - إدارة المال الشائع
٨٠٤	المبحث الأول - الإدارة المعتادة
٨٠٤	حفظ المال الشائع
٨٠٥	لكل شريك أن يقوم وحده بأعمال الحفظ

صفحة

الشريك في أعمال الحفظ أصيل عن نفسه نائب عن	
غيره من الشركاء	٨٠٦
نفقات الحفظ والإدارة وسائر التكاليف	٨٠٧
انقسام النفقات على الشركاء كل بقدر حصته	٨٠٧
لشريك التخلص من دفع النفقات بالتخل عن حصته	٨٠٩
المبدأ العام في إدارة المال الشائع	٨٠٩
إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين	٨١٠
تعذر الإجماع : قسمة المهايأة وتولى أغلبية الشركاء إدارة	
المال الشائع	٨١٣
أولا - قسمة المهايأة	٨١٣
المهايأة المكانية والمهايأة الزمانية	٨١٦
الحد الأقصى لمدة المهايأة المكانية خمس سنوات يجوز تجديدها	٨١٧
المهايأة المكانية إذا دامت خمس عشرة سنة انقلبت قسمة	
نهائية	٨١٨
المهايأة الزمانية لا يجوز أن تجبر الشركاء على البقاء في	
الشيوع أكثر من خمس سنوات يجوز تجديدها	٨٢٠
لا تنقلب المهايأة الزمانية قسمة نهائية مهما طال مدتها	٨٢٠
تكييف قسمة المهايأة - تطبيق قواعد الإيجار	٨٢١
المهايأة التي تسبق القسمة النهائية	٨٢٣
ثانيا - تولى أغلبية الشركاء إدارة المال الشائع	٨٢٤
تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين	٨٢٥
تولى أغلبية الشركاء للإدارة	٨٢٧
إقامة الأغلبية وكيلا عنها لإدارة المال الشائع	٨٢٨
وضع الأغلبية نظاما يكفل حسن إدارة المال الشائع	٨٢٨
عدم توافر أغلبية لإدارة المال الشائع - الالتجاء إلى القضاء	٨٢٨
المبحث الثاني - الإدارة غير المعتادة	٨٢٩
الأعمال التي تخرج عن حدود الإدارة المعتادة	٨٣١
الأغلبية اللازمة لتقرير الإدارة غير المعتادة : الشركاء الذين يملكون	
ثلاثة أرباع المال الشائع	٨٣٢
الضمانات المعطاة للأقلية - الالتجاء إلى المحكمة	٨٣٣
إقامة أحد الشركاء بناء على جزء مفروز من الأرض الشائعة	٨٣٣
عدم موافقة ثلاثة الأرباع على البناء : إجبار الشريك الباني	
على إزالة البناء	٨٣٤

صفحة

- موافقة ثلاثة أرباع عل البناء : يكون البناء ملكا شائعا لجميع
الشركاء ومساهماتهم في تكاليفه ... ٨٣٥
- الفرع الثاني - التصرف في المال الشائع** ... ٨٣٦
- المبحث الأول - تصرف الشركاء مجتمعين أو تصرف أغلبية كبيرة**
- منهم ... ٨٣٦
- § ١ - تصرف الشركاء مجتمعين ... ٨٣٦
- التصرف في المال الشائع كله أو في جزء مفرز منه ... ٨٣٦
- أنواع التصرف ... ٨٣٧
- § ٢ - تصرف أغلبية كبيرة من الشركاء ... ٨٣٨
- الأسباب القوية التي تستدعي التصرف في المال الشائع ... ٨٣٩
- الأغلبية اللازمة لتقرير التصرف في المال الشائع : الشركاء
الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع ... ٨٤٠
- الضمانات المعطاة للأقلية - الاتجاه إلى المحكمة ... ٨٤٠
- المبحث الثاني - تصرف الشريك منفردا** ... ٨٤٢
- تصرف الشريك في حصته الشائعة وتصرفه في شيء مفرز ... ٨٤٢
- المطلب الأول - تصرف الشريك في حصته الشائعة** ... ٨٤٢
- حكم هذا التصرف وما يترتب عليه من جواز استرداد للشركاء
الحصة الشائعة ... ٨٤٢
- § ١ - حكم تصرف الشريك في حصته الشائعة ... ٨٤٢
- صحة التصرف ونفاذه في حق باقي الشركاء ... ٨٤٢
- ترتيب حق عيني أصل على الحصة الشائعة ... ٨٤٥
- ترتيب حق عيني تبعي على الحصة الشائعة ... ٨٤٧
- § ٢ - استرداد الحصة الشائعة ... ٨٥٠
- حق استرداد الحصة الشائعة في المنقول والمجموع من المال وحق الشفعة
في العقار ... ٨٥١
- (١) شروط حق الاسترداد ... ٨٥٢
- نطاق حق الاسترداد ... ٨٥٢
- الشرط الأول - صدور بيع من أحد الشركاء في الشروع ... ٨٥٤

صفحة

الشرط الثاني - ورود البيع على حصة شائعة في منقول أو مجموع	
من المال	٨٥٦
الشرط الثالث - صدور البيع إلى أجنبي عن الشركاء	٨٥٦
الشرط الرابع - المسترد هو أحد الشركاء	٨٥٧
(ب) إجراءات الاسترداد	٨٥٨
ميعاد الاسترداد	٨٥٨
كيف يحصل الاسترداد	٨٥٩
متى يتم الاسترداد	٨٦٠
(ج) - الآثار التي تترتب على الاسترداد	٨٦٣
تكييف الاسترداد	٨٦٣
علاقة المسترد بالمشتري	٨٦٤
علاقة المسترد بالبائع	٨٦٦
علاقة البائع بالمشتري	٨٦٧
المطلب الثاني - تصرف الشريك في شيء مفرز	٨٦٨
§ ١ - تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع	٨٦٨
الفرض الأول - المشتري يعتقد أن البائع يملك المبيع مفرزا	٨٧٠
قبل القسمة : البيع قابل للإبطال لغلط	٨٧٠
بعد القسمة :	٨٧١
وقوع الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك البائع :	
خلوص ملكيته للمشتري	٨٧١
عدم وقوع الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك البائع :	
بقاء البيع قابلا للإبطال	٨٧١
الفرض الثاني - المشتري يعلم أن البائع لا يملك المبيع إلا شائعا	٨٧٢
قبل القسمة : البيع صحيح فيما بين المتعاقدين وغير نافذ في حق	
الشركاء الآخرين	٨٧٣
بعد القسمة :	٨٧٥
وقوع الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك البائع :	
خلوص ملكيته للمشتري	٨٧٥
عدم وقوع الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك البائع :	
التقال حق المشتري إلى الجزء المفرز الذي آل إلى البائع	٨٧٦
§ ٢ - تصرف الشريك في كل المال الشائع	٨٧٨
المشتري يعتقد أن البائع يملك كل المال الشائع : البيع قابل	
للإبطال لغلط	٨٧٨

صفحة

المشتري يعلم أن البائع شركاء في المال الشائع : البيع قابل للفسخ ٨٧٩
أثر تصرف الشريك في حقوق باقي الشركاء : البيع لا ينفذ
في حصصهم ولكن المشتري يصبح شريكا معهم في الشيوع

بحصة البائع ٨٧٩

الفرع الثالث - قسمة المال الشائع ٨٨٠

الأصل عدم إجبار الشركاء على البقاء في الشيوع ٨٨٠

جواز الاتفاق على البقاء في الشيوع لمدة معينة ٨٨٢

دواعي الاتفاق على البقاء في الشيوع ٨٨٣

الحد الأقصى للمدة خمس سنوات يجوز تجديدها ٨٨٥

أنواع القسمة ٨٨٨

قسمة مؤقتة (المهاياة) وقسمة نهائية ٨٨٨

القسمة النهائية : ٨٨٩

قسمة كلية وقسمة جزئية ٨٨٩

قسمة عينية وقسمة تصفية ٨٨٩

قسمة اتفاقية وقسمة قضائية ٨٩٠

المبحث الأول - كيف يتم إجراء القسمة ٨٩١

القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية - تدخل دائي الشركاء ٨٩١

المطلب الأول - القسمة الاتفاقية ٨٩١

§ ١ - كيف يتم إجراء القسمة الاتفاقية ٨٩٢

القسمة الاتفاقية عقد تسمى عليه أحكام سائر العقود ٨٩٢

القسمة الفعلية ٨٩٤

لشركاء اختيار طريقة القسمة الاتفاقية ٨٩٥

وجود قاصر أو محجور عليه أو غائب بين الشركاء ٨٩٦

وجوه الطعن في القسمة الاتفاقية ٨٩٨

§ ٢ - نقض القسمة الاتفاقية للغبين ٨٩٩

الغبين في ذاته عيب في عقد القسمة يجوز نقضها ٩٠١

مقدار الغبن وكيفية حسابه ٩٠٣

مقدار الغبن : غبن يزيد على الخمس ٩٠٣

كيفية حساب الغبن ٩٠٣

أنواع القسمة التي يجوز فيها النقض للغبين ٩٠٤

قسمة كلية وقسمة جزئية - قسمة عينية وقسمة تصفية ٩٠٤

صفحة

تحويل القسمة إلى عدة عقود	٩٠٥
القسمة الاحتمالية لا تنقض للغب	٩٠٥
دعوى نقض القسمة للغب	٩٠٥
المدعى والمدعى عليه	٩٠٦
رفع الدعوى في خلال السنة التالية للقسمة	٩٠٦
عبء إثبات الغبن	٩٠٦
الآثار التي تترتب على نقض القسمة للغب	٩٠٧
تفادى نقض القسمة بإكمال نصيب الشريك المغبون	٩٠٧
المطلب الثاني - القسمة القضائية	٩١٠
متى يجب أن تكون القسمة قضائية	٩١٠
قسمة المهايأة التي تسبق القسمة النهائية	٩١١
دعوى التهمة	٩١١
§ ١ - الحصوم والمحكمة المختصة	٩١١
الحصوم في دعوى القسمة	٩١١
المحكمة المختصة	٩١٤
§ ٢ - قسمة التصفية والقسمة العينية	٩١٥
قسمة التصفية	٩١٥
بيع المال الشائع بالمزاد العلني وقسمة الثمن على الشركاء	٩١٧
جواز الاتفاق على قصر الدخول في المزاد على الشركاء	٩١٨
القسمة العينية - مراحلها الأربع	٩١٩
المرحلة الأولى - قسمة المال الشائع إلى حصص أو التجنيب	٩٢٠
المرحلة الثانية - الفصل في المنازعات	٩٢٤
المرحلة الثانية - الحكم بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز	٩٢٧
المرحلة الرابعة - التصديق على حكم القسمة في حالات خاصة	٩٢٩
المطلب الثالث - تدخل الدائنين في القسمة حماية لمصالحهم	٩٣٣
تدخل الدائنين غير مقصور على القسمة القضائية بل يشمل القسمة	
الاتفاقية	٩٣٥
§ ١ - موقف الدائنين قبل إتمام القسمة	٩٣٧
مصالح الدائنين المراد حمايتها	٩٣٧
لدائنين حق المعارضة وحق التدخل	٩٣٨
الأثر الذي يترتب على معارضة الدائن أو على تدخله	٩٤٠

صفحة

- § ٢ - موقف الدائنين بعد إتمام القسمة ... ٩٤١
- الفرض الأول - تدخل الدائن فعلا في إجراءات القسمة ... ٩٤١
- الفرض الثاني - عدم إدخال الدائن في إجراءات القسمة بالرغم من معارضته أو بالرغم من أن له حقا مقيدا ... ٩٤١
- الفرض الثالث - عدم تدخل الدائن في إجراءات القسمة لأنه لم يعارض أو بالرغم من دعوته إلى التدخل ... ٩٤٣
- المبحث الثاني - الآثار التي تترتب على القسمة ... ٩٤٥
- بيان هذه الآثار ... ٩٤٥
- المطلب الأول - الإفراز - الأثر الكاشف ... ٩٤٥
- الأثر الحقيقي للقسمة أثر مزدوج كاشف وناقل ... ٩٤٨
- تأييد التاريخ لفكرة الأثر المزدوج ... ٩٥٠
- ظهور فكرة الأثر الكاشف في الفقه الحديث على سبيل المجاز والتمييز بين الأثر الكاشف والأثر الرجعي ... ٩٥٢
- القسمة تركز الحق الشائع في محلة المادى فيصبح النطاق المعنوي للحق مطابقا لنطاقه المادى ... ٩٥٢
- فالأثر الكاشف للقسمة لا يتضمن أى افتراض بخلاف الحقيقة وإنما هو بالذات الذى تقتضيه وظيفة القسمة عينها ... ٩٥٢
- التمييز بين الأثر الكاشف والأثر الرجعي: لا حاجة إلى الأثر الرجعي فهو محو مرحلة الشيوع التى يتجاهلها هذا الأثر ... ٩٥٤
- تضارب الآراء فيما يجب إدخاله من تعديل في نصوص التقنين المدنى الخاصة بأثر القسمة ... ٩٥٥
- رأى يقول بإلغاء المادة ٨٤٣ مدنى لأن القسمة كاشفة بطبيعتها وليست بناقلة ... ٩٥٦
- رأى يقول بتعديل المادة ٨٤٣ مدنى بما يستبعد الأثر الرجعي ويبرز الأثر الكاشف ... ٩٥٦
- رأى يقول بإلغاء المادة ٨٤٣ مدنى لأن القسمة ناقله بطبيعتها وليست بكاشفة ... ٩٥٧
- القسمة في حقيقتها لها أثر مزدوج كاشف وناقل ... ٩٥٨
- لا بد من استخدام شيء من الافتراض والمجاز في القول بالأثر الكاشف وفي القول بالأثر الناقل ... ٩٥٨
- القول بالأثر الكاشف ينطوى على افتراض يغطى ما بداخل هذا الأثر الكاشف من أثر ناقل ... ٩٥٨

صفحة

- القول بالأثر الناقل لا يخلو من افتراض يستبعد ما يوجد
 من أثر كاشف إلى جانب الأثر الناقل ... ٩٥٩
 المادة ٨٤٣ مدني من ناحية القانون الوضعي تقرر الأثر
 الكاشف مصحوبا بالأثر الرجعي ... ٩٥٩
- ١٥ - مجال تطبيق الأثر الكاشف للقسمة ... ٩٥٩
- (أ) مجال التطبيق من ناحية التصرفات ... ٩٥٩
 تصرفات تعادل القسمة فيكون لها أثر كاشف ... ٩٦١
 (ب) مجال التطبيق من ناحية الأموال ... ٩٦١
 (ج) مجال التطبيق من ناحية الأشخاص ... ٩٦٣
- ٢ - النتائج التي تترتب على الأثر الكاشف ... ٩٦٤
- سقوط التصرفات الصادرة من الشركاء غير الشريك الذي وقع في
 نصيبه جزء مفرز ... ٩٦٤
 عدم اعتبار القسمة سببا صحيحا في التقادم القصير ... ٩٦٥
 القسمة والتسجيل ... ٩٦٦
 النتائج المترتبة على أن القسمة عقد مساواة بناء على الأثر الكاشف
 وليست عقد مضاربة ... ٩٦٩
 نقض القسمة للغبن ... ٩٦٩
 عدم جواز استرداد المال المتنازع فيه إذا كان لا للقسمة ... ٩٦٩
 ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة ... ٩٧٠
- المطلب الثاني - ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة ... ٩٧١
- ١ - الشروط الواجب توافرها لقيام الضمان ... ٩٧٢
- الشرط الأول - حدوث تعرض أو استحقاق ... ٩٧٣
 الشرط الثاني - سبب سابق على القسمة ... ٩٧٥
 الشرط الثالث - عدم رجوع الاستحقاق إلى خطأ المتقاسم نفسه ... ٩٧٦
 الشرط الرابع - عدم وجود شرط يعنى من الضمان ... ٩٧٧
- ٢ - الآثار التي تترتب على تحقق الضمان ... ٩٨٠
- الأحوال التي يرجع فيها المتقاسم بالتعويض عند تحقق الضمان ... ٩٨٠
 فروض ثلاثة ... ٩٨١
 الفرض الأول - الاستحقاق الكل ... ٩٨١
 الفرض الثاني - الاستحقاق الحزفي ... ٩٨٣
 الفرض الثالث - رد ما أداه المتقاسم المتعرض ... ٩٨٤

صفحة

لفصل الثاني - الشيوع الإجبارى

- ٩٨٧ ... طبيعة حق الشريك في الشيوع الإجبارى وأحكام هذا الشيوع ...
- ٩٨٧ ... طبيعة حق الشريك في الشيوع الإجبارى : الشيء كله مملوك ملكية شائعة لا ملكية مفرزة مصحوبة بحق ارتفاع ...
- ٩٨٧ ... ما يترتب على ذلك من النتائج ...
- ٩٨٨ ... ما يختص به الشيوع الإجبارى من أحكام ...
- ٩٨٩ ... أنواع خاصة من الشيوع الإجبارى ...
- ٩٨٩ ... الحائط المشترك (ويلحق به الحائط الفاصل) ...
- ٩٨٩ ... ملكية الطبقات ...
- ٩٩٠ ... ملكية الأسرة ...
- ٩٩٠ ... **الفرع الأول - الحائط المشترك (والحائط الفاصل)** ...
- إثبات الاشتراك في الحائط المشترك : الحائط الفاصل قد يكون مشتركاً وقد يكون غير مشترك ...
- ٩٩٠ ...
- ٩٩٣ ... **المبحث الأول - أحكام الحائط المشترك** ...
- ٩٩٣ ... **المطلب الأول - النظام القانونى للحائط المشترك** ...
- ٩٩٤ ... استعمال الحائط المشترك بحسب الفرض الذى أعدله ...
- ٩٩٥ ... عدم جواز فتح مناور في الحائط المشترك ...
- ٩٩٦ ... نفقات الصيانة والإصلاح والتجديد ...
- ٩٩٧ ... **المطلب الثانى - تعلية الحائط المشترك** ...
- ٩٩٨ ... تعلية الحائط دون إعادة بنائه ...
- ٩٩٩ ... تعلية الحائط عن طريق إعادة بنائه ...
- ١٠٠٠ ... جواز الاشتراك في الجزء المعلق ...
- ١٠٠٢ ... **المبحث الثانى - أحكام الحائط الفاصل غير المشترك** ...
- ١٠٠٣ ... ليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه ...
- ١٠٠٤ ... ليس للجار أن يطلب الاشتراك في حائط جاره ...
- ١٠٠٥ ... ليس لملك الحائط الذى يستتر به الجار أن يهدمه دون عذر قوى ...
- ١٠٠٧ ... **الفرع الثانى - ملكية الطبقات** ...
- ١٠٠٧ ... السفلى والعلو في التقنين المدنى السابق ...
- ١٠٠٩ ... الطبقات المفروزة والشيوع الإجبارى ...
- ١٠٠٩ ... **المبحث الأول - السفلى والعلو** ...

صفحة

تناقص أهمية هذا النوع من ملكية الطبقات ... ١٠٠٩

§ ١ - التزامات صاحب السفلى ... ١٠٠٩

الالتزام الأول - القيام بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط

العلو ... ١٠١٠

صيانة السقف والجدران وترميمها ... ١٠١١

الالتجاء إلى القضاء لإجبار صاحب السفلى على تنفيذ التزامه ١٠١١

الأمر ببيع السفلى لمن يشتريه ويرممه ... ١٠١٢

الالتزام الثانى - إعادة بناء السفلى إذا انهدم ... ١٠١٢

انهدام البناء بخطأ صاحب العلو ... ١٠١٣

انهدام البناء بغير خطأ صاحب العلو ... ١٠١٣

إجبار صاحب السفلى على إعادة البناء ... ١٠١٤

بيع السفلى لمن يعيد بناءه أو إعادة صاحب العلو بناء السفلى

علىفقة صاحبه ... ١٠١٤

§ ٢ - التزامات صاحب العلو ... ١٠١٥

عدم الارتفاع بالبناء أو زيادة العبء بحيث يضر بالسفل ... ١٠١٦

صيانة أرضية العلو من بلاط والواح ... ١٠١٦

المبحث الثانى - الطبقات المفروزة والشيوع الإجبارى ... ١٠١٧

التصوير الحديد للملكية الطبقات : طبقات مفروزة وأجزاء شائعة ١٠١٧

المطلب الأول - الأجزاء المفروزة والأجزاء الشائعة ... ١٠١٧

الأجزاء المفروزة ... ١٠١٨

الطبقات والشقق ... ١٠١٨

ما بداخل الطبقات والشقق من حواجز وأنابيب الماء والغاز

وأسلاك الكهرباء والأدوات الصحية ... ١٠١٩

البلاط والأخشاب التى تكسو الأرضية والسقف والجدران ١٠١٩

الباب الخارجى والأبواب الأخرى والنوافذ والشرفات ١٠١٩

استعمال الطبقة أو الشقة دون غلوفى الاستعمال ... ١٠١٩

الأجزاء الشائعة ... ١٠١٩

الأرض التى أقيم عليها البناء ... ١٠١٩

الأساسات والجدران الرئيسية ... ١٠١٩

المدخل والأفنية والأسطح والمقاعد والممرات والدهاليز ١٠١٩

قواعد الأرضيات والأسقف ... ١٠١٩

صفحة

السلم	١٠٢٠
الحدائق المشتركة	١٠٢٠
حقوق الملاك في الأجزاء الشائعة	١٠٢٠
ملكية شائعة إجبارية دائمة	١٠٢٠
حصة كل مالك بنسبة قيمة الجزء المفروز الذي يملكه	١٠٢١
استعمال الأجزاء الشائعة فيما خصصت له	١٠٢٢
إدخال تعديلات في الأجزاء الشائعة	١٠٢٣
تكاليف الأجزاء الشائعة	١٠٢٣
مساهمة الملاك كل بنسبة قيمة طبقته أو شقته	١٠٢٤
التخلص من هذا الالتزام يكون بالتخلل عن الحصة الشائعة والجزء المفروز معاً	١٠٢٥
إدارة الأجزاء الشائعة	١٠٢٥
القواعد المقررة في إدارة المال الشائع	١٠٢٥
جواز تكوين اتحاد الملاك لإدارة الأجزاء الشائعة	١٠٢٦
المطلب الثاني - إدارة الأجزاء الشائعة عن طريق تكوين اتحاد	١٠٢٦
يجب لإجماع الملاك على تكوين الاتحاد	١٠٢٧
جواز تكوين اتحاد لتشييد أو شراء بناء متعدد الطبقات وتوزيعها على أعضائه	١٠٢٧
§ ١ - اتحاد الملاك	١٠٢٨
اتحاد الملاك يعتبر جمعية لها شخصية معنوية	١٠٢٨
جمعية تكونت لغرض غير المصون على ربح مادي	١٠٢٨
شخصية معنوية لها ذمة مالية مستقلة	١٠٢٨
لاتحاد المسلاك تنظيم خاص يختلف عن تنظيم الجمعيات بوجه عام	١٠٢٨
اتحاد الملاك لا يعتبر مالكا للبناء	١٠٢٩
ملاك البناء هم أصحاب الطبقات يملكون بعض البناء مفزراً وبعضه شائعاً	١٠٢٩
وضع نظام لإدارة الأجزاء الشائعة	١٠٢٩
لائحة تصدر بموافقة جميع الأعضاء	١٠٣٠
سريان اللائحة على الخلف العام والخلف الخاص للملاك	١٠٣٠
عدم وضع نظام لإدارة الأجزاء الشائعة	١٠٣١
الإدارة تكون بقرارات فردية تصدر من الاتحاد	١٠٣٢

صفحة

دعوة جميع الملاك للاجتماع وصدر القرار بالأغلبية	
المادة لجميع الملاك	١٠٣٢
التأمين على البناء وإجراء أعمال ترتب عليها زيادة قيمته	١٠٣٣
عقد تأمين من خطر الحريق ومن أى خطر آخر لمصلحة	
جميع الملاك	١٠٣٣
القيام بأعمال ترتب عليها زيادة قيمة البناء	١٠٣٤
منح قروض للملاك	١٠٣٥
قرض يمنح للمضمو لتمكينه من القيام بالتزاماته - مضمون	
بحق امتياز	١٠٣٦
قرض ليس القرض منه تمكين المضمون من القيام	
بالتزاماته - غير مضمون بحق امتياز	١٠٣٦
تجديد البناء بعد هلاكه	١٠٣٧
تقرير الاتحاد عدم تجديد البناء	١٠٣٨
تقرير الاتحاد تجديد البناء	١٠٣٨
٢ - مأمور اتحاد الملاك	١٠٣٩
تعيين مأمور لاتحاد الملاك	١٠٤٠
تعيينه بالأغلبية العادية	١٠٤٠
اميينه بأمر على غريضة	١٠٤٠
اختصاصات مأمور الاتحاد	١٠٤١
تنفيذ قرارات الاتحاد	١٠٤١
مطالبة كل مالك بتنفيذ التزاماته	١٠٤١
حفظ الأجزاء الشائعة وصيانتها	١٠٤١
تمثيل الاتحاد أمام القضاء	١٠٤١
أجر مأمور الاتحاد وطريقة عزله	١٠٤٢
تحديد أجر لمأمور الاتحاد وجواز إعادة النظر في هذا الأجر	١٠٤٢
من يملك عزل مأمور الاتحاد	١٠٤٢
الفرع الثالث - ملكية الأسرة	١٠٤٣
الفرض من نظام ملكية الأسرة	١٠٤٣
للتقاليد المستقرة في الريف هي التي فرضت ملكية الأسرة	١٠٤٣
تنظيم هذه الملكية وبسط الرقابة عليها	١٠٤٣
المبحث الأول - أركان ملكية الأسرة	١٠٤٤
الركن الأول - اتفاق مكتوب	١٠٤٥
الكتابة للانعقاد لا للإثبات	١٠٤٥

صفحة

وضع المال في ملكية الأسرة عمل من أعمال التصرف ... ١٠٤٦	
الركن الثاني - أعضاء أسرة واحدة ... ١٠٤٦	
فهم الأسرة بمعنى واسع من وحدة العمل والمصلحة - دخول	
الزوج والزوجة والأقارب والأصهار ... ١٠٤٧	
مجرد الصداقة لا تكفي ولو ته ثقت بوحدة العمل أو المصلحة ١٠٤٨	
الركن الثالث - أموال مملوكة لأعضاء الأسرة ... ١٠٤٨	
الغالب أن تكون شركة تستبق شائعة ... ١٠٤٨	
جواز إضافة أموال شائعة أخرى ... ١٠٤٨	
الركن الرابع - مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة ... ١٠٤٩	
تجديد مدة : لا يجوز أن تزيد على خمس عشرة سنة ويجوز	
الخروج قبل ذلك لمبرر قوى ... ١٠٥٠	
عدم تجديد مدة : لكل شريك الخروج بعد ستة أشهر من	
إعلان سائر الشركاء ... ١٠٥١	
المبحث الثاني - أحكام ملكية الأسرة ... ١٠٥٢	
ملكية الأسرة ليست بشخص معنوي بل هي ملكية شائعة ... ١٠٥٣	
تصرف الشريك في نصيبه في ملكية الأسرة ... ١٠٥٤	
التصرف لأحد الشركاء أو لأجنبي ... ١٠٥٤	
تنفيذ الدائن على نصيب الشريك في ملكية الأسرة ... ١٠٥٦	
إدارة ملكية الأسرة ... ١٠٥٦	
تعيين مدير لإدارة ملكية الأسرة ... ١٠٥٦	
سلطات المدير الواسعة والقيود التي ترد عليها ... ١٠٥٧	
عدم تعيين مدير وقول الشركاء أنفسهم للإدارة ... ١٠٥٧	

ملاحظة : وقعت بعض أخطاء طفيفة في عناوين بعض تقسيمات الباب الثالث من القسم الثاني من هذا الكتاب (الملكية الشائعة) ، تسهل ملاحظتها . وقد صححت في الفهرس ، فيرجع إليه في ذلك .

ما ظهر من أجزاء الوسيط وما هو تحت الإعداد

الأجزاء التي ظهرت

- الجزء الأول - في مصادر الالتزام الطبعة الأولى سنة ١٩٥٢ :
الطبعة الثانية سنة ١٩٦٤ :
- الجزء الثاني - في الإثبات وآثار الالتزام سنة ١٩٥٦ .
- الجزء الثالث - في أوصاف الالتزام وحالاته وانقضائه سنة ١٩٥٨ .
- الجزء الرابع - في البيع والمقايضة سنة ١٩٦٠ .
- الجزء الخامس - في العقود الأخرى الواردة على الملكية (الهبة والشركة
والقرض والدخل الدائم والصلح) سنة ١٩٦٢ .
- الجزء السادس (مجلدان) - في العقود الواردة على المنفعة (الإيجار والعارية)
سنة ١٩٦٣ .
- الجزء السابع (مجلدان) - المجلد الأول في العقود الواردة على العمل (المقاوله
والوكالة والوديعة والحراسة) - المجلد الثاني في عقود الغرر
(عقد التأمين والمقامرة والرهن والمرتب مدى الحياة) سنة ١٩٦٤ .
- الجزء الثامن - في حق الملكية (مع شرح مفصل للأشياء والأموال) سنة ١٩٦٧ .

ما هو تحت الإعداد

- الجزء التاسع - في أسباب كسب الملكية - الحقوق الأصلية المتفرعة عن
الملكية (حق الانتفاع وحق الارتفاق) .
- الجزء العاشر - في التأمينات الشخصية والعينية (الكفالة والرهن الرسمي
وحق الاختصاص ورهن الحيازة وحقوق الامتياز) .

• • •

الوجيز

ما ظهر

الجزء الأول - في نظرية الالتزام بوجه عام
(يشتمل على الأجزاء الأول والثاني والثالث من الوسيط)
سنة ١٩٦٦ .

• • •

ما هو تحت الإعداد

الجزء الثاني - في العقود المسماة
(يشتمل على الأجزاء الرابع والخامس والسادس والسابع
من الوسيط) .
الجزء الثالث - في الحقوق العينية والتأمينات
(يشتمل على الأجزاء الثامن والتاسع والعاشر من الوسيط) .

للمؤلف

(أولا) كتب

- ١ - القيود التعاقدية الواردة على حرية العمل - المعيار المرن والقاعدة الجامدة (بالفرنسية) سنة ١٩٢٥
- ٢ - الخلافة الإسلامية وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية (بالفرنسية) سنة ١٩٢٦
- ٣ - عقد الإيجار سنة ١٩٣٠
- ٤ - نظرية العقد سنة ١٩٣٤
- ٥ - الموجز في النظرية العامة للالتزامات سنة ١٩٣٨
- ٦ - أصول القانون (بالاشتراك مع الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت) سنة ١٩٣٨
- ٧ - التصرف القانوني والواقعة المادية (دروس لقسم الدكتوراه) سنة ١٩٥٤
- ٨ - مصادر الحق في الفقه الإسلامي (مقارنة بالفقه الغربي) :
الجزء الأول - مقدمة - صيغة العقد في الفقه الإسلامي سنة ١٩٥٤
الجزء الثاني - مجلس العقد وصحة التراضي (الغلط والتدليس والإكراه والغبن في الفقه الإسلامي) سنة ١٩٥٥
الجزء الثالث - محل العقد في الفقه الإسلامي سنة ١٩٥٦
الجزء الرابع - نظرية السبب ونظرية البطلان في الفقه الإسلامي سنة ١٩٥٧
الجزء الخامس - آثار العقد بالنسبة إلى الأشخاص في الفقه الإسلامي (الخلف العام والخلف الخاص والدعوى البولصية والإعسار والتعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير والنيابة في التعاقد في الفقه الإسلامي) سنة ١٩٥٨
الجزء السادس - آثار العقد بالنسبة إلى الموضوع في الفقه الإسلامي (تفسير العقد وتنفيذه وفسخ العقد للعدر أو لحوادث طارئة والمسئولية العقدية والفسخ والدفع بعدم التنفيذ والإقالة في الفقه الإسلامي) سنة ١٩٥٩ ..

- ٩ - الوسيط في شرح القانون المدني (ظهر منه ثمانية أجزاء - انظر آتفا)
سنة ١٩٥٢ - سنة ١٩٦٧
- ١٠ - الوجيز في شرح القانون المدني (ظهر منه الجزء الأول - انظر آتفا)
سنة ١٩٦٦ ء

(ثانيا) بحوث ومقالات

- ١ - الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع المصري (بحث بالفرنسية أدرج في مجموعة لأمبر) .
- ٢ - المعيار في القانون (بحث بالفرنسية أدرج في مجموعة جني) .
- ٣ - المسئولية التقصيرية (بالاشتراك مع الأستاذ حلمي بهجت بدوي - مقال بالفرنسية نشر بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٣) .
- ٤ - المسئولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية (بحث بالفرنسية قدم إلى مؤتمر القانون المقارن بلاهاي سنة ١٩٣٧) .
- ٥ - الشريعة الإسلامية أمام مؤتمر القانون المقارن بلاهاي (مقال بالفرنسية نشر بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٧) .
- ٦ - الامتيازات الأجنبية (بحث نشر في سنة ١٩٣٠) .
- ٧ - تنقيح القانون المدني (بحث نشر في الكتاب الذهبي للمحاكم الوطنية ، وفي مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٣) .
- ٨ - من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي (مقال نشر في مجلة القضاء ببغداد سنة ١٩٣٦) .
- ٩ - عقد البيع في مشروع القانون المدني العراقي (نشر في بغداد سنة ١٩٣٦) .
- ١٠ - مقارنة المحلة بالقانون المدني (بحوث أقيمت في كلية الحقوق ببغداد سنة ١٩٣٦) .
- ١١ - المفاوضات في المسألة المصرية (بحث نشر في سنة ١٩٤٧) .
- ١٢ - الانحراف في استعمال السلطة التشريعية (بحث نشر في مجلة مجلس الدولة سنة ١٩٥١) .



Bibliotheca Alexandrina



0548659